

DO HABEAS-CORPUS

Sua definição, da origem da expressão,
da ordem e da instituição; sua historia e evolução na Inglaterra.
O *bill* de Carlos II. Na America do Norte, o *Judiciary Act*
Na Argentina, seu processado. No Brazil, em ambos os regimens,
sua latitude, seus requisitos, suas limitações,
seu processo. Legislação comparada. Jurisprudência
Ingleza, Americana e Brasileira

POR

MARCELLINO DA GAMA COELHO

BACHAREL EM DIREITO

RIO DE JANEIRO

TYPOGRAPHIA GUIMARÃES, RUA THEOPHILO OTTONI N. 143

1900

Á
MEMORIA

DE

MEU PAI

O BACHAREL EM DIREITO

JACINTHO JOSÉ COELHO

O. D. C.

Marcellino da Gama Coelho.

El primero de los derechos individuales es el HABEAS-CORPUS. No hay libertad donde no hay seguridad. El pueblo inglés, ese gran pueblo, no tiene nunca en los labios da palabra patria, como el pueblo francés. Cuando esos Grandes marcantes que asi desafian las tempestades del Océano como las tempestades de la libertad, se encuentran em un camino y se les pregunta : á dónde vaes? responden: á casa. Ya saben que la casa es el santuario del sajón, como lo era en los antiguos tiempos. Yaqui, qué haceis? Yo he visto el otro día, con escándalo, una gran lista de reaccionarios detenidos por un mero mandato del gobernador, y por una mera sospecha de que conspiraban á favor de D. Carlos. Dónde estaba el auto del juez? Pues que por sospechas se puede herir la base de los derechos, individuales, se puede herir la seguridad personal. Não digais que los derechos individuales se han praticado.

Emilio Castelar.

DO HABEAS CORPUS

ART. 1º

O *habeas-corpus* é o remédio que a lei concede contra violencia ao direito civil da liberdade pessoal.

Esta definição caracteriza que o *habeas-corpus* é :

1º, um procedimento ou processo especial.

2º, de uma natureza *sui-generis*.

Não é um recurso no estrie to sentido judiciario, empregado como meio de reformar decisão pronunciada.

E' um novo processo, de ordem juridica, de natureza summaria, diverso do acto que o originou.

E' um recurso extraordinario a uma violencia dada, na falta de outro que a faça desaparecer, ou a evite.

Quando empregado no sentido de recurso propriamente dito, é já de decisão proferida, em procedimento instaurado. Neste caso especie do genero.

E' de uma natureza *sui-generis* porque tem applicação nas relações do direito criminal, em que é ,mais commum, nas do direito civil, do direito politico e do direito administrativo.

A definição dada tem fundamento na Constituição, nas leis anteriores do antigo regimen, nos principios e fundamentos desta instituição.

Encontra-se esta definição na opinião dada pelo Presidente da Suprema Côrte dos Estados-Unidos da America, Waite, a 7 de Março de 1883, n'um desaccôrdo de opiniões entre juizes da Côrte de Circuito com os da do districto da California, a proposito de um *habeas-corpus* concedido por aquella Côrte a favor do paciente Tom-Tong, subdito do Imperador da China, com o fim de inquerir-se da legalidade de sua prisão pelo chefe de policia da cidade de S. Francisco, por allegada violencia de uma ordem, ou deliberação da Junta dos Inspectores da dita cidade, que regulava as licenças das lavanderias publicas.

“Seu auxilio, o do *habeas-corpus*, disse Waite, torna-se algumas vezes necessario porque é concedido no reforço das leis quando se trata da punição dos crimes.

O seu procedimento, porém, não é inquirir do acto criminoso que é objecto da queixa e sim do direito á liberdade, não obstante o proprio acto.

Os procedimentos em que se provam os direitos civis são civis e os para punir os crimes são criminaes.

No presente caso, o petionario está sujeito a processo crime.

O procedimento conta elle é criminal, a ordem de *habeas-corpus*, porém, que elle obteve, não é delle parte.

Pelo contrario, é um novo processo, instaurado por elle em auxilio de um direito civil, que elle reclama, como faria a respeito dos que lhe são mantidos, mesmo em prisão, em processo crime.

Si não conseguir restabelecer o seu direito à liberdade pôde ser detido em processo pelo crime; si, porém, fôr bem succedida deve ser relaxado da prisão.

O procedimento do *habeas-corpus* é instituido pelo paciente em favor de sua liberdade e não pelo poder publico para punil-o de seu crime.

O petionario reclama que a Constituição e tratados dos Estados-Unidos dão-lhe direito á sua liberdade, não obstante a accusação que sobre si pesa e por ser elle o meio judicial para provar aquelle direito. Tal procedimento em suas partes é, em nossa opinião, civil, não obstante seu objectivo ser conseguir desembaraçar-se da prisão, por estar debaixo de um processo crime”.

“A questão, disse o *chief-justice* Marshall, tratando da competencia de Côrtes differentes, se o individuo deverá ser preso é sempre distincta da se deverá ser condemnado ou absolvido da accusação pela qual é processado e por isso estas questões são distinctas e podem ser decididas em Côrtes differentes”.

Ainda encontramos na theoria e julgados americanos razões em nosso favor.

“E’ um erro fundamental suppôr-se ou arrogar-se quem concede uma ordem de *habeas-corpus*, ter o direito de examinar a questão si o paciente é “criminoso ou não” pelo crime que lhe é imputado.

A lei do *habeas-corpus*, quer pela *common law*,

quer pelos estatutos, nunca contemplou esse direito no processo por que passa,

O meio unico em que esta questão póde ser tratada é pela intervenção de um jury perante uma Côrte competente e em caso capital ninguém póde ser processado mesmo concordando, senão por um jury de 30 homens. (*Cancemi v. the People*).

Ainda o art. 640 do Codigo Argentino de Procedimientos Criminales consagra idéas iguaes. Exprime-se elle: El procedimiento á que dê lugar el recurso de amparo de la libertad será verbal y sumario, y tramitado separadamente de la cuestion de fondo con que pudiera tener relacion.

ART. 2º

A origem da ordem é Romana

Qualquer expositor de Direito Romano nos dá noticia dentre os interdictos dos: *de liberis exhibendis*, fr. I pr. D. XLIII, 30 e *de homine libero exhibendo*, fr. I pr. D. XLIII, 29.

“Essa ordem, a de *habeas-corpus*, diz E Levingston, foi, é verdade, conhecida na lei Romana pelo nome de *Edictum de homine libero exhibendo*; não se applicava, porém, sinão no caso em que uma pessoa livre era reclamada como escravo; ainda neste caso não havia disposição coercitiva que assegurasse sua execução. Havia pelo contrario que autorisasse a desobediencia áquelles que preferiam pagar o valor da pessoa, estimado como si ella fosse escravo”.

Church em seu livro *On habeas-corpus*, § 1º ensina: Patrick Mac-Chombaich de Colquhoun diz que: “no interdicto de *libero homine exhibendo* está traçada a origem do *habeas-corpus* inglez”.

Lobão, em seu tratado dos interdictos, § 161 ensina: “As razões em que os Romanos fundavam este interdicto se expõem magistralmente pelo Mestre Retes de *Interdict*. P. 5 a § 41.

O uso delle o vemos em nosso Reino em Pegas, Tomo 3º, Cap. 30.

A mesma acção compete ao marido contra o pae da mulher, que o retém em sua casa, Retes supra § 42;

Si, porém, a mulher fugiu do marido, tem elle acção de espolio fundado no Cap. Litteras. 13. de Restit. Spoliat; que a mulher pôde contestar oppondo sevicias do marido e o perigo de vida si lhe fosse restituída ao consorcio conjugal, Retes. P. 3 a n. 16.

Tambem os filhos, quando o pai os reivindica, lhe podem objectar sevicias e maldades, ou outras causas justas; e entretanto que se disputa esta questão prejudicial estão em deposito em casa de pessoa honesta.

Si a mesma acção compete aos tutores para reivindicar os pupiilos, vide Stryk. Us. mod. Liv. 43, tít. 30 § 5º”.

Corrêa Telles, Doutrina das Acções, em seus §§ 28 e 29, especifica a acção de exhibir pessoa livre.

O eminente mestre, o Sr. Teixeira de Freitas, commentando Corrêa Telles, obra citada, dá a razão por que supprimiu este interdicto, porque seu fim se alcançava pelo *habeas-corpus*, qualquer que fosse o constrangimento illegal na liberdade”. Fundava-se elle no art. 189 do Codigo Criminal de 1830 e nos arts. 340 a 355 do Codigo do Processo Criminal.

ART. 3º

A origem da expressão *habeas-corpus*

“O *habeas-corpus* era uma antiga ordem ingleza usada para uma variedade de fins desde tempos os mais remotos.

Era ella dirigida ao sheriffe ou outro official e mandava que elle tivesse o corpo da pessoa designada em certo lugar e tempo

Quando todas as ordens eram escriptas em latim, as palavras caracteristicas desta ordem eram *ut habeas-corpus*.

De. modo que o nome sobreviveu ao uso dessas palavras na ordem”. (1)

Não se pôde, porém, da expressão usada tirar um argumento que essa ordem é concedida sómente em relação ao constrangimento ou ameaça physica ou corporea pelo desenvolvimento que teve a instituição.

(1) The American Cyclopedia.

ART. 4º

A instituição do *habeas-corpus* é incontestavelmente inglesa.

Hurd, em sua obra *On habeas-corpus* diz: Esta ordem parece originar-se com a Magna Carta e ter tomado lugar da ordem de *homine replegiando*, como a grande ordem de liberdade”.

Antes, porém, da Magna Carta essa ordem já existia.

“Um dos fins em que ella era usada era para recuperar a liberdade quando injustamente arrebatada.

A liberdade pessoal foi sempre assegurada pela *common law* desde a mais remota idade, assim como sempre assaltada pelos reis que foram tyrannos, com uma solicitude porporcional à sua tyrahnia.

Dahi tornou-se necessario ficar bem claro esse principio pela maneira a mais solemne na Magna Carta” (1).

Assim a Magna Carta, no art. 29 estabelece: “Nenhum homem livre será preso, nem conservado em prisão, nem desapossado de seu livre feudo, de suas liberdades ou privilegios, nem posto fóra da lei, nem exilado, nem incommodado de maneira alguma, e nós não o tocaremos, sinão em virtude de um julgamento legal de seus pares e segundo a lei do paiz. Não venderemos, nem recusaremos ou retardaremos a pessoa alguma o direito ou a justiça”.

Pitt, o mais velho, em um de seus discursos na Camara dos lords, assignalou o sopro de justiça, de igualdade verdadeiramente democratica que inspira essa lei;

“Quando nossos antepassados arrancaram de seu soberano esse grandioso reconhecimento dos direitos da natureza, que nos são garantidos pela Magna Carta não a aceitaram em seu beneficio sómente, mas o fizeram em bem publico. Elles não disseram, taes são os direitos dos altos barões, taes são os direitos dos prelados! Não, mylords, elles disseram em grosseiro latim de seu tempo: *Nullus liber homo*, pensando na mesma occasião nos mais humildes e nos mais poderosos”.

O *habeas-corpus*, diz o illustre mestre, o Sr. Pimenta Bueno, é uma instituição do povo inglez, por elle consi-

(1) The American Cyclopedia.

derada como columna de sua Constituição e efficaz segurança de suas liberdades.

O nosso fim inserindo este artigo é mostrar não sómente a origem do *habeas-corpus*, mas que elle constitue uma instituição ingleza que nós adoptamos e os Americanos e os Argentinos com modificações.

O nosso objectivo é provar que devemos acceitar a instituição como ella é, em seus desenvolvimentos, e não trucidá-la ou enxertá-la com theorias e jurisprudencia esdruxula.

ART. 5º

Historia do *habeas-corpus*

Não prejudica no desenvolvimento da instituição do *habeas-corpus*, sua constituição e modalidades, remontar á historia da propria Magna Carta.

“O Rei João, a 15 de Junho de 1215, cita Churchb, fundado em Hallam's *Constitutional History of England* encontrou barões em Runnymede, prado ainda agradável junto ao Tamisa, onde juncos crescem na agua clara do rio que serpea, e suas margens são verdes como as hervas e as arvores. Ahi elle com cara risonha, apezar de reluctar, assignou a carta que antigamente teve o seu nome. E apezar de rompê-la immediatamente depois, ficou a base, para cem annos mais tarde, detidos illegalmente n'ella assentarem seu pedido de liberdade”.

“A clausula final, do art. 29 da Magna Carta, de preferencia a qualquer das outras, deu áquelle instrumento o nome de *palladium* das liberdades inglezas, nome que é mais merecido pela ordem de *habeas-corpus*.

De um lado a grande Carta não estabeleceu nenhum processo novo de lei, determinou-o sómente “conforme a lei do paiz”; por outro lado sua força e influencia estavam gradualmente decahindo, a despeito de repetidas e formaes confirmações, e só tornou-se effectiva por meio do *habeas-corpus*.

Esta ordem partia do banco do Rei e era usada para proteger e restaurar a liberdade, levando o preso perante a Côrte, que tinha o dever de ordenar sua immediata

soltura, si não estava soffrendo em sua liberdade de accôrdo com a lei” (1).

“Antes da assignatura da carta do Rei João, existiam na Inglaterra, diz Church, leis sobre pessoas livres detidas em prisão, em certos casos criminaes.

Glanville, um dos primeiros escriptores ingleses que escreveu no reinado de Henrique II de 1154 a 1189, desenvolveu as particularidades do direito chamado *De odio et atia* que foi usado com esse fim”.

Outras leis foram promulgadas para segurança da liberdade pessoal, como particularmente as chamadas: *De homine replegiando* e *De manucaptione capienda*.

Blackstone, Liv. 3º cap. 8º pag. 214 e seguintes enumera quaes os differentes meios de fazer cessar a detenção: 1º, *manucaptio*; 2º, o *homine replegiando*; 3º, o *de odio et atia*; 4º, o *habeas-corpus*.

“Subsequentemente á assignatura da Magna Carta, todas as leis gradualmente deram lugar á mais summaria e efficaz ordem de *habeas-corpus*. Exigindo ella a apresentação do preso e a causa de sua detenção; por isso foi antigamente chamada *corpus cum causa* e ficou em uso no reinado de Henrique VI, de 1422 a 1461.

Apparentemente usado como meio de auxilio a constrangimento privado neste periodo parece ter sido aceito e seguido pelos juizes. Seu uso, porém, por motivos contra a corôa não foi bem seguido durante o tempo da dynastia Plantagenete: os mais antigos precedentes conhecidos começaram no reinado dos Tudors, no tempo de Henrique VII de 1485 a 1509. Desde esse tempo o uso do *habeas-corpus* começou a ser mais frequente e antes do acto de Carlos II tinha sido admittido como remedio constitucional, provavelmente tão prematuro como no reinado de Carlos I de 1625 a 1649”.

“Pelas côrtes e sheriffes, foi a lei illudida, dispondo-se elles a sustentarem as usurpações reaes e ministeriaes.

E tão impotente se tornou a lei que mais tarde, no reinado de Carlos I, a Côrte do banco do Rei formalmente decidiu que não tinham poder de soltar nenhum preso sem causa determinada, si estava detido por or-

(1) The American Cyclopedia.

dem expressa do Rei ou pelos lords do Concelho privado.

A petição de direitos, em 1628, afirmou a ilegalidade dessa decisão e declarou que: “nenhum homem livre seria preso ou detido sem causa conhecida sinão que podesse ser reputada de harmonia com a lei”.

Os meios, porém, de obrigar esse processado sendo imperfeitos, a liberdade pessoal continuou a ser violada.

Varias previsões no reinado de Carlos I foram decretadas na intenção de tornar-se a ordem mais efectiva.

Não havia, porém, cunho de obrigatoriedade.

Os juizes continuaram a negar a ordem a seu belprazer ou a insistir que ella não podia ser concedida sinão em determinado prazo; que os presos tinham sido remetidos a prisões distantes e que os sheriffes e carcereiros negavam-se a obedecer, si o preso era levado perante uma côrte de exame, sua liberdade era embaraçada por frivolos pretextos (1).

“No reinado de Carlos I, diz Church, cinco cavalheiros foram presos por se negarem a contribuir a um arbitrario emprestimo exigido pelo Rei.

Intentaram elles perante a Côrte do banco do Rei seu direito ao *habeas-corpus* que lhes foi concedido.

A exigencia do direito nesse caso foi inteiramente reconhecida, uma discussão, porém, levantou-se a respeito da validade das informações (*return*), na qual outra causa não foi determinada para prisão sinão a ordem especial do Rei.

Esta questão, diz Hallam, obra citada, elevou-se a maior importancia, qual de saber se a informação era bastante para justificar a Côrte na remessa dos presos para a prisão. A immuniade fundamental dos subditos inglezes por detenção arbitraria nunca tinha sido antes tão cabalmente examinada e nessa occasião foi além do caso dos cinco cavalheiros, chegou ao parlamento e finalmente estabelecida foi no estatuto posterior de Carlos II”.

Argumentos a favor dos presos foram produzidos com grande habilidade por Noy, Sellen e outros eminentes jurisconsultos. Esses argumentos eram baseados na Magna Carta.

(1) The American Cyclopedia.



Esse principio, diz Hallam, foi frequentemente transgredido pelo Concelho privado do Rei desde tempos remotos; leis tinham sido repetidas vezes estabelecidas independentemente da confirmação geral da Côrte para corrigir este importante agravo.

Assim no estatuto do anno 25 de Eduardo III, providenciou-se que ninguém seria preso por petição ou suggestão pelo Rei ou seu Conselho a não ser por accusação ou requisição ou pelo direito original da *common law*.

Tres annos mais tarde foi isso de novo estabelecido com poucas variações mais uma voz no correr do mesmo reinado.

Nunca foi entendido, por mais livre que fosse a livre linguagem dessas velhas leis que, se pudesse pensar que um homem fosse mantido em prisão sob accusação crime por simples denuncia, dada como garantia do offendido; foi pratica regular que cada ordem de prisão e cada informação pelo carcereiro á ordem de *habeas-corpus* deviam declarar a natureza da accusação, de modo que se pudesse conhecer o crime, para que fosse posto em liberdade ou se tomasse sua fiança ou reenviado á prisão.

Nesse pleito dos cinco cavalheiros o *attorney* geral em replica chegou a exprimir-se, calcando todas as leis e precedentes, de modo a parecer advertir aos juizes que alli se achavam para “obedecer antes que para deliberar”.

A decisão, continúa Hallam, foi, porém, a favor da corôa e os cavalheiros foram reenviados á prisão.

Amos, Constituição ingleza, refere que durante a Republica, quando Cromwell assumiu o titulo de protector, a ordem de *habeas corpus* foi inteiramente reconhecida como valiosa contra o governo.

Esse mesmo escriptor tambem informa que por todo o reinado de Carlos II, antes de passar o *bill* do *habeas-corpus*, a ordem continuou a ser usada.

Cobbett, em sua historia parlamentar da Inglaterra, refere que entre os annos de 1668 a 1679 *bills* como adicinaes ao *habeas-corpus* discutiram-se no parlamento, porém não passaram.

O de 1674 intitulado “uma lei para prevenir a prisão illegal dos subditos” foi lida tres vezes e passou na casa dos *commons* sendo abandonada na casa dos *lords*.

Até que passou a 26 de Maio de 1679 o *bill* sobre o *habeas-corpus*, sendo sancionado pelo Rei Carlos II.

“A ordem de *habeas-corpus*, diz E. Levingston, foi introduzida cedo nas leis inglesas, mas não eram senão um preceito sem força coercitiva e consequentemente sem efficacia até o 31º anno do reinado de Carlos II, em que um estatuto decretado a este respeito lhe deu o vigor e a effectividade necessarios e delle fez um traço caracteristico da jurisprudencia inglesa, um ponto saliente, digno de orgulhar uma nação qualquer e de ser adoptado por todos.

O mecanismo desta admiravel instituição para garantia da liberdade pessoal é tão simples, seus effectos tão decisivos, que admira que a mais tempo não estivesse em pratica em um povo que, em uma época tão antiga já tinha estipulado com seus reis: “que nenhum homem livre poderia ser preso sinão em yirtude da lei de seu paiz”.

“Nada de similhante, diz o chancellor Kent, se imaginou em nenhuma das republicas da antiguidade. Sua excellencia consiste na facilidade, presteza e efficacia do remedio concedido a toda prisão illegal, não deixando a liberdade pessoal ficar quanto a sua segurança na geral e abstracta declaração de direitos”.

§ 1º

Eis o celebre *bill* de Carlos II que se intitula:

An act for the better securing the liberty of the subject and for Prevention of imprisonments beyond the Seas.

Uma lei para melhor assegurar a liberdade do cidadão e de prevenção para as prisões de além mar.

I. Attendendo á *grande demora* que tem sido usada pelos sheriffes, carcereiros e outros officiaes, a cuja guarda, subditos do Rei têm sido confiados, em assumpto criminal ou supposto tal *em dar informações* á ordem de *habeas-corpus*, a elles dirigidas; ou resistindo ao *alias* ou *pluries habeas-corpus*; e algumas vezes mais, e por qualquer outro expediente *fugindo de obedecer* a

taes ordens, em contrario a seus deveres e conhecimento das leis da terra, onde quer que estejam, subditos do Rei, por longo tempo em prisão, em casos em que pela lei são afiançados, causando-lhes grande vexame e prejuizos.

II. Por prevenção e mais prompta garantia de todo o detido em assumpto crime ou supposto tal, *fica estabelecido*, pela mais alta Magestade do Rei, pela opinião e conselho dos lords, espirituaes e temporaes e communs, na presente sessão do parlamento, e pela autoridade de todos, que quando alguém tenha intentado *habeas-corpus*, dirigido a sheriffe, carcereiro, ministro, ou qualquer pessoa, a favor de alguém em prisão, e a dita ordem deva ser obedecida pelo dito official, ou deixada no carcere ou prisão, com qualquer dos sub-officiaes ou representantes dos ditos officiaes, *deverão* dentro, de três dias depois da entrega (a menos que não seja por traição, plena e especialmente expressa na ordem) informar a ordem; e sob pagamento ou offerta, *levar* o preso, como fôr estabelecido pelo juiz ou côrte que concedeu a ordem e expediu-a, não excedendo de um *cheling* por milha, e sob a garantia de sua propria prisão de pagar os encargos de conduzir de novo o preso se fôr reenviado pela Côrte ou juiz a quem o tenha mandado, de accôrdo com o verdadeiro pensamento da presente lei, e que não fuja em caminho; e levando ou auxiliando a ser conduzindo o preso, perante o lord chancellor ou lord guarda do grande sello da Inglaterra em tempo certo, ou juizes ou barões da Côrte de onde a ordem partisse, ou perante qualquer outra pessoa ou pessoas perante quem a ordem deva ser informada, conforme fôr ordenado; e *deverão* então *certificar* igualmente a verdadeira causa de sua detenção ou prisão, a menos que a prisão se tenha effectuado em lugar além de 20 milhas de onde a côrte ou pessoa esteja ou deva residir; e se além daquella distancia, que não chegue a 100 milhas dentro de 10 dias e ainda da distancia de 100 dentro de 20 dias, depois da entrega da ordem, não se admittindo mais demora.

III. E na intenção de que o sherife, carcereiro, ou outro official pretenda ignorar a importancia de uma tal ordem.

Fica estabelecido pelas autoridades supracitadas que taes ordens devem ser expedidas desta maneira:

*Per statutum tricesimo primo Caroli secundi regis, e assignadas por quem a conceder; e se alguém permanecer preso ou detido, por algum crime, excepção de traição expressamente declarada na ordem de prisão, em tempo de férias ou fóra delle, é permittido as pessoas assim presas ou detidas (e a quaesquer outras que não sejam condemnadas ou em execução por processo regular) ou alguém em seu favor, a *appellar ou reccorrer* ao lord chancellor, ou guarda, ou algum dos juizes de Sua Magestade, ou qualquer do banco, ou qualquer outro, ou barões do thesouro *of the degree of the coif* e o dito lord chancellor ou lord guarda, juizes e barões, ou algum delles, á vista do original ou copia da ordem ou ordens de prisão ou detenção, ou d'outro modo sob juramento que tal ordem em original ou cópia foi denegado por tal pessoa ou pessoas em cuja prisão o preso está ou foi detido, em requerimento feito por escripto por tal ou taes pessoas, ou alguém por ella ou ellas, *attestado* ou *subscripto* por duas testemunhas presentes ao acto da entrega do mesmo requerimento, *concederão* e *expedirão* uma ordem de *habeas-corpus*, sob o sello da Côrte, da qual deve ser um dos juizes, dirigida a official ou officiaes em cuja prisão a parte esteja presa ou detida, afim de ser informada, iramediamente perante o dito lord chancellor, ou lord guarda, ou tal juiz, barão, ou qualquer juiz ou barão, de qualquer das côrtes, e em cumprimento a ella, o official ou officiaes, elles, ou os sub-officiaes, guardas ou seus representantes, em cuja prisão a parte esteja presa ou detida, *deverão* dentro do prazo respectivamente designado, *apresentar o preso* perante o dito lord chancellor, ou lord guarda, ou juiz, barão, ou um delles perante quem a dita ordem é informada, e em caso de ausencia, diante de qualquer delles com as *informações* a ordem e *as verdadeiras causas da prisão ou detenção*; e logo depois, dentro de dois dias do preso ter sido levado perante elles, o dito lord chancellor ou lord guarda, ou juiz ou barão, a cuja presença o preso tenha sido levado como ficou dito acima, *relaxará* o dito preso de sua prisão, depois de tomar suas respostas, recebendo delle como obrigação, uma ou mais fiança, por somma que será determinada a seu arbitrio, tendo em consideração a qualidade do preso e a natureza do crime, com o compromisso*

de comparecer á Côrte do banco do Rei, no prazo seguinte ou na proxima reunião, sessão ou *jail delivery* do lugar, cidade onde se decretou a prisão, ou onde o crime tenha sido commettido, ou em qualquer côrte onde o crime possa ser competentemente conhecido, conforme exija o caso; e em seguida deverá certificar a dita ordem, com as informações e a devolução, á dita Côrte em que o comparecimento se deve dar, a menos que se mostre ao dito lord chancellor, ou lord guarda, ou juiz ou juizes, ou barão ou barões, que a parte assim presa está detida em processo, por mandado ou ordem de prisão regular de côrte que tenha jurisdição criminal na materia, ou ordem de prisão, assignada de proprio punho, com o sello do algum juiz ou barão, ou algum juiz de paz, por motivo ou crime, que pela lei, o preso não é afiançavel.

IV. Providencia sempre, e fica estabelecido que, se alguém tiver de proposito deixado, por espaço de dois prazos completos, depois de sua prisão, de pedir *habeas-corpus* para sua soltura, não terá *habeas-corpus* concedido no prazo ou férias, em consequencia desse seu procedimento.

V. Fica demais estabelecido pelas supracitadas autoridades que se algum official ou officiaes, ou sub-guardas, ou representantes, *retardar* ou *negar* a dar as ditas informações, ou deixar de fazer *conduzir* o preso conforme a autoridade da dita ordem, dentro dos respectivos prazos, ou por pedido feito pelo preso, ou em seu beneficio, *recusar* dar, ou dentro do espaço de seis horas depois do pedido, *não entregar* a pessoa que pediu a verdadeira cópia da ordem de prisão, que requerida ou pedida foi, todo o chefe de prisão e qualquer outra pessoa em cujo poder o paciente esteja detido, será pela primeira falta multado na somma de 100 libras; pela segunda em 200 e julgado incapaz de exercer o dito officio; as ditas penalidades podem ser pedidas pelo paciente ou parte lesada, seus executores ou administradores, contra tal criminoso, seus executores e administradores, por qualquer acção, queixa ou requisição a qualquer das Côrtes do Rei em Westminster, *onde* escusa, protecção, privilegio, suspensão, *wager of law*, demora no processo por *non vult ulterius prosequi* ou d'outro modo, não será

admittida ou permittida, senão em uma só reunião; e qualquer reparação, ou decisão na petição de qualquer parte aggravada, será sufficiente prova para a primeira falta; e qualquer outra depois da decisão na petição da parte aggravada por qualquer offensa depois da primeira decisão será sufficiente para levar o official ou pessoa a incidir na penalidade pela segunda falta.

VI. E em prevenção de injustas vexações por prisões repetidas pelo mesmo crime.

Fica estabelecido pelas ditas autoridades que, ninguém depois de livre ou solto por *habeas-corpus* poderá ser detido ou preso pelo mesmo crime, senão em virtude de ordem regular e processo da Côrte onde tenha sido condemnado em julgamento completo, ou outra Côrte que tenha jurisdição na causa; e se alguém com conhecimento, em contrario a esta lei, tornar a prender, ou com conhecimento procurar ou effectuar a prisão pelo mesmo crime ou pretendido crime, a alguém solto pelo modo supra-mencionado, ou ajudando ou auxiliando, incorrerá na multa de 500 libras a favor do paciente ou parte aggravada, ainda que sob qualquer pretexto ou modificação na ordem de prisão.

VII. Providencia sempre e fica estabelecido que, se alguém fôr, por alta traição, plena e especialmente expressa na ordem de prisão, em seu petitorio ou requerimento, preso, na primeira semana do prazo, ou primeiro dia de sessão de audiencia, que fôr levado a julgamento e não fôr processado em qualquer tempo do proximo prazo, sessão e audiencia, depois de sua prisão, é permittido aos juizes da Côrte do banco do Rei e juizes a quem fôr isso requerido, em representação a elles feita na abertura da Côrte no ultimo dia do prazo, sessão, por elle ou alguém a seu favor, pol-o em liberdade sob fiança, a menos que seja evidente aos juizes sob juramento prestado que as testemunhas pela parte do Rei não puderam ser produzidas no mesmo prazo, sessão ou audiencia; e se alguém preso nessa conformidade, em sua oração ou petição em Côrte aberta, na primeira semana do prazo, ou no primeiro dia de sessão e audiencia, fôr levado a julgamento e não fôr processado e julgado no segundo prazo, sessão e audiencia depois de sua prisão ou julgamento adiado, será posto em liberdade.

VIII. Providencia sempre que nada desta lei se póde estender para desembaraçar de prisão, a alguém por qualquer obrigação por dívida, ou outra acção, ou em processo civil, podendo, porém, ser alliviado por culpa crime sendo mantido depois na prisão de harmonia com a lei pelo processo.

IX. Providencia sempre e fica mais estabelecido pelas supracitadas autoridades que, se algum subdito do Rei, fôr preso em alguma prisão, por materia crime, ou supposta tal, não será removido da dita prisão para outra, a menos que não seja por *habeas-corpus* ou outra ordem legal; ou quando o preso é entregue ao official de justiça ou outro official inferior para conduzil-o a algum carcere commum; ou quando é remettido por ordem de algum juiz de julgamento (assise) ou juiz de paz para qualquer casa de correcção; ou quando o preso é removido de uma prisão ou lugar para outro dentro do mesmo condado para seu julgamento ou soltura nos casos prescriptos na lei; ou no caso de fogo subito ou molestia, ou outra qualquer necessidade; e se alguém depois da ordem supra-mencionada, expedir, assignar ou subscrever ordem de prisão para a remoção supra-citada, em contrario a esta lei, tanto o que fez ou assignou tal ordem, como os que obedecerem ou executarem, soffrerão e incorrerão nas penas e multas desta lei, antes mencionadas, ambas, pela primeira e segunda faltas cobradas pela parte lesada pela maneira supra-mencionada.

X. Providencia tambem e fica demais estabelecido pelas ditas autoridades que, é legitimo para todo o paciente promover e obter *habeas-corpus*, tanto da alta Côrte da chancellaria ou Côrte do thesouro, como do banco do Rei ou *common pleas*, ou de qualquer dellas; e se o lord chancellor, lord guarda ou juiz, barão *of the degree of the coif* no prazo marcado, ou algum juiz de qualquer das mencionadas côrtes, em tempo de férias, a vista do original ou cópia da ordem de prisão, ou sob juramento prestado de que o original ou cópias foram denegadas, *negar* a ordem de *habeas-corpus* por esta lei considerado garantido, sendo promovida como acima ficou dito, serão separadamente multados na somma de 500 libras, a favor do paciente, que serão recebidas pela maneira supra-mencionada.

XI. E fica declarado e estabelecido pelas mesmas autoridades que, o *habeas-corpus*, conforme o verdadeiro espirito e pensamento desta lei, pôde ser dirigido e processado em qualquer condado palatino, *the Cinque Ports*, ou outros lugares privilegiados dentro do Reino da Inglaterra, dominio de Galles, ou cidade de Berwich sobre o Tweed, ilhas de Jersey ou Guernsey, não obstante qualquer lei ou uso em contrario.

XII. E em presença de illegaes detenções ou prisões de além-mar: fica demais estabelecido pelas mesmas autoridades que, nenhum subdito deste Reino, de que actualmente é, ou possa para o futuro ser habitante ou residente neste Reino da Inglaterra, dominio de Galles, cidade de Berwich sobre o Tweed, *poderá* ser mandado preso para a Escossia, Islandia, Jersey, Guernsey, Tanger, ou outra qualquer parte, guarnição, ilhas ou lugar de além-mar, que pertencem, ou em qualquer tempo para o futuro possam pertencer, dentro do dominio de Sua Magestade, seus herdeiros ou successores; e que toda a prisão por este modo é declarada e considerada illegal; e que se algum dos subditos, no presente ou no futuro, fôr preso, por cada prisão lhe é permittido em virtude desta lei, uma acção de falsa prisão perante qualquer das Côrtes, de recurso de Sua Magestade, contra quem o detiver, prender, fizer remessa como preso, ou transportar, em contrario a verdade desta lei, e contra quem ordenou, combinou, escreveu, sellou alguma ordem de prisão; ou escrevendo em favor de tal prisão, detenção e aprisionamento ou transporte, ou aconselhou, ajudou, favoreceu á mesma; e o queixoso em cada acção terá sentença para receber as custas no triplo além do damno que será pago, nunca menos do 500 libras; em cuja acção nenhuma dilação, demora ou parada de procedimento pela autoridade, nem suspensão, protecção ou qualquer privilegio, nem qualquer outro que não seja uma conferencia, será concedida, exceptuada de tal regra a Côte de que a acção dependa, processada em Côte aberta, considerada em juizo necessario como causa especial expressa no dito processo; e a pessoa que com conhecimento ordenou, combinou, escreveu e sellou alguma ordem de prisão, detenção ou transporte, ou prendeu, deteve, transportou, em contrario a esta lei, ou

de algum modo aconselhou, ajudou, assistiu, sendo legalmente condenada, ficará inhabilitada dahi em diante, a occupar cargo de confiança e vantagens, dentro do Reino da Inglaterra, dominio de Galles, ou cidade de Berwick sobre o Tweed, ou ilha, territorio ou dominio pertencentes; e incorrerá e soffrerá as penas e multas decretadas e previstas pela lei de previsão e *præmunire* (crimes contra o Rei e seu governo) feita no 16º anno do Rei Ricardo II, e não poderão obter perdão do Rei, seus herdeiros ou successores, das multas, negligencias ou incapacidade ou de qualquer dellas.

XIII. Providencia sempre que nada nesta lei se estenderá em beneficio a alguém que, por contracto escripto, tenha accordado com algum negociante ou proprietario de alguma plantação ou qualquer outra pessoa, para transportar-se a algum lugar de além-mar e tenha recebido signal por tal contracto, não obstante depois recuse semelhante contracto.

XIV. Providencia sempre e fica estabelecido que, se alguém, legalmente condemnado por traição, em Côte aberta, pedir ser transportado para além-mar e a Corte julgar conveniente, será transportado para lugar de além-mar, não obstante qualquer disposição contida em contrario nesta lei.

XV. Ficam exceptuadas as prisões antes de 1 de Junho de 1679.

XVI. Providencia tambem que, se alguém residente em qualquer tempo no Reino, tiver commettido algum crime capital na Escossia, ou Irlanda, ou alguma das ilhas ou colonias do Rei, seus herdeiros ou successores, onde deva ser processado pelo crime commettido, póde ser julgado nesse lugar, pelo mesmo modo que era uso, antes desta lei publicada, nada havendo ahi em contrario.

XVII. Providencia tambem e fica estabelecido que, ninguém será processado, demandado, molestado ou inquietado por crime em contrario a esta lei, salvo si o offensor fôr processado dentro de dois annos, no maximo, do tempo em que se commetteu o crime, caso a parte aggravada não esteja em prisão porque se estiver em prisão, então dentro de dois annos, contados ou da morte da pessoa presa, ou de sua soltura, conforme primeiro acontecer.

XVIII. E na intenção de que ninguém evite seu julgamento perante *assises* ou geral *jail delivery*, procurando ser removido antes dos *assises*, em tempo em que não possa de novo ser trazido para seu julgamento: fica estabelecido que, depois dos *assises* annunciados para o Condado em que o preso está detido, ninguém será removido para carcere commum sob *habeas-corpus* concedido em cumprimento desta lei, porém sob *habeas-corpus* será levado perante o juiz da *assise* em Côte aberta, que em vista disto fará o que fôr de justiça. (1).

XIX. Providencia todavia que, depois das *assises* terem terminado, qualquer detido póde ter para si *habeas-corpus* em harmonia com esta lei.

XX. E fica tambem estabelecido pelas ditas autoridades que, se qualquer accusação, processo ou acção fôr intentado ou exhibido contra alguém por offensa já commettida contra a fórma desta lei, será legal para todo o accusado ou réo allegar a excepção de que não é delinquente, nem que nada deve e tornando esta materia em evidencia ao jury que tiver de julgar, que allegada bem ou sufficientemente fundamentada nesta lei, isempta o accusado da informação, processo ou acção e aproveita a elle, para todos os fins, como se tivesse pleiteado, manifestado ou allegado em tribunal, ou absolvido de tal informação, processo ou acção.

XXI. E porque frequentemente imputavam-se pequenas traições, ou cumplicidades dellas, sómente por suspeitas, entretanto sendo affiançaveis ou não, conforme as circumstancias que demonstrarem as suspeitas, com maior ou menor fundamento, e devendo ser melhor conhecidas pelos juizes de paz as pessoas que a commet-

(1) Sir Ed. Coke deriva a palavra *assise* do latim *assidere*, sentar-se junto; e em origem, significa o jury que conhece da causa e se reúne em sessão para aquelle fim. Hoje emprega-se figuradamente para designar a Côte ou jurisdição que convoca o jury para uma comissão de *assise* ou *ad assisas capiendas*; de modo que as assembléas judicias reunidas, em virtude de comissão real, em cada condado, quer para funcionar em consequencia das ordens de *assise*, como para o exame das causas pelo jury, são commummente chamadas *assises*. (Blackstone)

teram, por terem o exame diante delles ou a outros juizes de paz do condado : fica por isso estabelecido que, onde alguém tiver sido preso por ter commettido pequena traição ou suspeita de traição ou como cúmplice, por algum juiz de paz, cujo crime esteja plena e especialmente expresso na ordem de prisão, não poderá ser removido ou afiançado em virtude desta lei, visto terem sido praticados antes desta lei.

§ 2º

Como passou o *bill* de Carlos II. Seus effeitos. A evolução da instituição

A lenda de que Roma, ensina Church, fôra salva pelo grasnar dos gansos, parece offerecer um paralelo na maneira pela qual a lei de Carlos II é contada como se tendo passado.

Consta que Burnet dissera que essa lei passou por um velho artificio na casa dos lords, e nas seguintes palavras resume elle a substancia da historia: “Lord Grey e lord Norris foram nomeados escrutadores. Lord Norris sendo homem dado ao alcool não estava bem attento ao que se passava; desta sorte cada lord que entrava, lord Grey contava por dez, a principio por gracejo, vendo, porém, que lord Norris não observava, continuou com o erro de conta dos dez. Dest’arte deu conta á casa e declarou que os que eram pelo *bill* estavam em maioria, posto que na verdade fosse maior o outro lado e por esse meio passou o *bill*”.

Si a narração do bispo Burnet, diz Blackstone, não nos póde fazer acreditar que esse importante estatuto fosse obtido por uma fraude irrisoria, prova ao menos que o *bill* soffreu nesse tempo uma opposição formidavel.

“Esta quasi incrivel historia, refere Amos, constituição ingleza, com tudo, parece oriunda do livro de notas dos lords que diz-se, indicava que eram 100 e 70 pares na casa, enquanto lord Campebell acredita fazendo disso menção que os numeros declarados eram 57 e 55”.

Alcorta, garantias constitucionaes, a respeito da passagem do *bill* de Carlos II, ensina:

“Sim embargo, da historia nos informa que esta ley fué el resultado de una supercheria. Después de la dis-

cusion en la qual tomaron parte los ministros, se procedió á la votacion. Los encargados de tomar los votos en la alta Cámara, eran lord Norris, indolente y distraído, y lord Grey, reflexivo y intencionado. Llegado el turno para la votacion á un lord de gran obesidad, se le ocurrió á Grey hacer valer el voto de este por diez y conto diez en ves de uno. El distraído Norris apuntó aquel numero y la summa en favor del *bill*, quedó aumentada en nueve votos, que le asseguraron la mayoria. Cuando los ministros, que sabian que en aquel dia no habian concurrido á la Camara sinó ciento siete Lores, oyeron publicar el numero de ciento diez y seis votantes, fué grande su extranese, y aunque pidieron que empezara de nuevo la votacion, hallando se desierto los bancos y llenas todas las formalidades, todo fué inutil”.

“A lei de Carlos II, sobre o *habeas-corpus*, diz Green, historia do povo inglez, passou no meio de uma crise politica, que o ministerio tinha diante de si e grande como era por seu valor, passou quasi despercebida e com pequeno debate.

A nação estava atordoada de suspeitas e de panico. As eleições para o novo parlamento tinham tomado todo o tempo n'um turbilhão de exaltamentos que não deixaram lugar para os candidatos da Côrte. Por este tempo, tambem as leis de imprensa terminavam e o humor do parlamento de uma vez poz fim a qualquer tentativa em restabelecer a censura.

A' nova liberdade da imprensa a lei de *habeas-corpus* accrescentou nova garantia para a liberdade pessoal de cada inglez”.

“No curto discurso, diz Cobbett, obra citada, que fez justamente antes de prorogar o parlamento, Sua Magestade, advertiu ás differenças e manifestou receios pelos seus máos effeitos”.

“O Reino, diz Hume, historia da Inglaterra, foi regular e abertamente dividido em dois partidos e não era difficil ao Rei saber que a maioria da nova casa dos commons estava empenhada em interesses oppostos á Côrte. Isto obrigou o Rei a não abandonar o expediente de compôr as infelizes differenças entre seus subditos”.

“Não só isto, diz Hallam, mas a audaz medida, o *bill* de excepção, tinha sido lido a primeira. Era muito

audaz para o espirito do paiz que via perto a rocha em que a liberdade ingleza teria de naufragar. Emquanto o *bill* de exclusão passava nos commons, o Rei teve muito trabalho de fallar a quasi todos os lords para dissuadil-os de nisto consentir quando apparecesse, dizendo-lhes, ao mesmo tempo “aconteça o que acontecer, nunca soffreria que um tão aviltante *bill* passasse”.

Como o Rei Carlos II deu assentimento ao *bill* ainda nos é relatado pelos historiadores inglezes:

“O Rei, diz Macaulay, teria alegremente recusado seu assentimento a essa medida, se não estivesse occupado em appellar do parlamento para o povo na questão de successão e assim não se aventurava em tão critico momento a rejeitar o *bill* que estava no mais alto gráo popular”.

“Conta Cobbett, que em tres parlamentos do reinado de Carlos II as leis que passavam, entre ellas o *habeas-corpus*, cinco eram de interesse publico e tres privado”.

“A lei do *habeas-corpus*, diz Amos, póde ser considerada como um oasis na legislação ingleza reflectindo que tres parlamentos em seguida não tinham deixado de si monumento duradouro de sua existencia, a não ser o sempre verde vestigio no meio de um deserto legislativo”.

Lord Jonh Russell considera o *bill* como exemplo de um “senso de Justiça” na Nação, que, nessa occasião, como em duas outras, de que elle faz menção, vingou a causa do cidadão quando opprimido pelo poder do governo executivo.

Hallam, contesta todas as explicações a respeito da passagem do *bill* e diz que o procedimento arbitrario de lord Clarendon é que deu realmente causa ao *habeas-corpus*.

Amos, diz que, “o principal autor da lei do *habeas-corpus* foi indubitavelmente lord Shaftesbury, tanto que muitos annos foi chamada “a lei de lord Shaftesbury”.

Considerando a habilidade desse lord, sua irrepre-hensivel energia, sua propria prisão e sua prodigiosa influencia no terceiro e quarto parlamento, inclina-se Church com fundamento a adherir a esta ultima opinião.

Seja, porém, qualquer a sua origem, honrosos ou não os motivos que o impulsaram e o levaram avante, o *bill* de

Carlos II é, como diz o Sr. Pimenta Bueno, um acto celebre que serve de orgulho áquelle povo e que tem servido de modelo para outros. Elle dá ao homem illegalmente detido meios promptos e rigorosos de evitar sua incommunicabilidade, recobrar sua liberdade, livrar-se de um constrangimento legal e mesmo fazer punir o abuso de prisão arbitraria”.

E. Levingston considerando a necessidade de uma lei reguladora para a União Americana diante da nota unica sobre *habeas-corpus* em sua Constituição se exprime: “Se essa ordem é admittida isoladamente sem medida coercitiva seria insignificante para nós o que era para os inglezes antes do estatuto de Carlos II.

“E' um engano, diz Hallam, que existe não sómente entre os estrangeiros como para alguns que conhecem as nossas leis constitucionaes, suppor que o estatuto de Carlos II elevou a um gráo mais alto nossas liberdades e creou uma época em sua historia, posto que verdadeiros beneficios viesse estabelecer e remedio efficaz a muitos casos de prisão illegal; elle não introduziu principio novo, nem conferiu direito algum. Desde a mais velha idade da lei ingleza, nenhum cidadão era detido em prisão excepto em causa crime, ou condemnado, ou por divida civil. No primeiro caso estava em seu poder pedir á Côrte do banco do Rei uma ordem de *habeas-corpus ad subjiciendum*, dirigida a quem o detinha em prisão, gosando do direito de fazer subir o preso com a ordem de prisão, á Côrte que julgava da sua sufficiencia, fazendo voltar, admittia fiança ou soltava de harmonia com a natureza da culpa. Esta ordem de direito não podia ser negada pela Côrte. Não veiu o *bill* conceder immunidades á prisão arbitraria, que é providenciada na Magna Carta, realmente mais antiga que o estatuto de Carlos II decretou. Extirpou porém, os abusos pelos quaes a vontade do poder governamental e as servis subtilezas dos legistas da coroa, tinham alterado tão profundamente o privilegio”.

Entre os muitos abusos os seguintes eram muito communs:

- 1.º Denegação da cópia da prisão.
- 2.º Demora e não cumprimento em informar a ordem.

3.º Subterfugios cavillosos para com a autoridade que expediu a ordem.

4.º Duvidas quanto ao tempo em expedil-a.

5.º Demora na decretação da ordem.

6.º Alcance da ordem.

7.º Prisão em além-mar.

8.º Remoções.

9.º Capcioso auto de prisão por traição.

Outro abuso providenciado por este estatuto era o novo auto de prisão pelo mesmo crime.

Então, o estatuto de Carlos II, foi sómente applicado aos casos de prisão em materia crime, sendo as varias outras especies de constrangimento á liberdade pessoal deixados aos remedios ordinarios como subsistiu antes do *bill*.

Um defeito patente do *bill* foi não providenciar a respeito dos casos de prisão sem ordem. Em tal caso a parte detida tinha de lançar mão do remedio da *common law*.

Depois, porém, do *bill* os juizes do banco do Rei adoptaram a pratica de concederem a ordem, em todos os casos, mesmo em ferias.

Uma outra difficuldade foi conhecida a da incompetencia em julgar da verdade da informação feita á ordem.

O estatuto de Jorge III, subsequente ao de Carlos II, não só estendeu o poder da concessão da ordem durante as férias, nos casos não comprehendidos pelo acto de Carlos II, a todos os juizes, como habilitou o juiz perante quem a ordem é informada a inquirir da verdade dos factos allegados e a dispôr do preso como entender de justiça. (1).

Muitas previsões uteis do estatuto de Jorge III foram applicadas ao de Carlos II e podem ser consideradas como convenientes modificações daquelle acto.

Essas modificações serão desenvolvidas á medida que formos tratando dos diversos assumptos.

(1) Hallam, historia de Inglaterra.

§ 3º

O habeas-corpus nas colônias inglesas

A prioridade nas leis, diz Story, constituição, foi sempre uma idéia favorita na Inglaterra e as colônias americanas reclamavam sempre essa herança: possuir “todos os direitos, liberdades e imunidades do cidadão nascido no Reino de Inglaterra.

Sem dúvida; foi expressamente declarado em todas as cartas sob as quais as colônias se formaram, excepto na de William Penn, que: todos os súditos e seus filhos habitantes das colônias seriam considerados súditos natos e habilitados a todas as liberdades e imunidades.

Mesmo a omissão na carta a Penn, diz Story, não privou aos habitantes da Pennsylvania dos direitos dos ingleses. Pelo contrário, considerou-se que a cláusula era desnecessária, visto como a lealdade à Coroa foi reservada; e a *common law* daí inferia que todos os habitantes eram súditos e por conseguinte estavam habilitados a todos os privilégios dos ingleses.

Em quasi toda a legislação moderna das colônias nas respectivas assembleias insistem na lei declaratoria, reconhecendo ou confirmando esses direitos, liberdades e imunidades dos súditos ingleses.

ART. 6º*Do habeas-corpus na América do Norte*

A única disposição sobre o *habeas-corpus* que se encontra na Constituição dos Estados Unidos é que: “o privilégio da ordem de *habeas-corpus*, não poderá ser suspenso, senão quando em caso de rebelião ou invasão a segurança pública o exigir”.

A maior parte das Constituições dos Estados contém disposições semelhantes.

Em algumas dessas está providenciado que o direito não pôde em caso algum ser suspenso e em outros que a suspensão não pôde exceder a um tempo especificado. (1).

O Congresso prescreveu a jurisdição das Côrtes

(1)Hugh, constituições Americanas.

federaes e das de justiça local sobre o *habeas-corpus* no *Judiciary Act*, de 24 de Setembro de 1789 de sorte que esse grande privilegio constitucional recebeu vida e actividade.

Antes, porém, já alguns Estados tinham promulgado actos, a este respeito, adoptando, no geral, o estatuto de Carlos II.

§ 1º

Eis as varias disposições sobre o *habeas-corpus* do *Judiciary Act*

Secção 751.— A suprema Côrte e as côrtes de circuito e districto terão o direito de conceder a ordem de *habeas-corpus*.

Secção 752.— Os diversos juizes da Suprema Côrte e os demais juizes dessas Côrtes, dentro de suas respectivas jurisdicções terão o direito de conceder ordens de *habeas-corpus* para o fim de inquirirem da causa de restricção á liberdade.

Secção 753.— A ordem de *habeas-corpus* não se estenderá ao caso de preso em carcere, salvo si debaixo de autoridade dos Estados Unidos, ou preso para julgamento em alguma das ditas Côrtes, ou em prisão por um acto feito ou ommettido em consequencia de lei dos Estados Unidos, ou de uma ordem, processo ou decreto de côrte ou juiz dos mencionados, ou em prisão por violação da Constituição ou de lei ou tratado dos Estados Unidos, ou sendo subdito ou cidadão de um Estado estrangeiro e ahi domiciliado; ou em prisão por um acto feito ou ommettido debaixo de um allegado direito, titulo, autoridade, privilegio, protecção, isenção reclamada sob commissão, ou sancção de algum Estado estrangeiro ou pelos mesmos motivos a validade e effeitos que exige a lei das Nações; ou ao menos que seja necessario levar o preso a Côrte para depôr.

Secção 754.— A petição para a ordem de *habeas-corpus* será feita á Côrte ou juiz autorizado a conceder a mesma ordem, por meio de requerimento escripto, assignado pela pessoa em cujo favor é intentada, declarando-se os factos concernentes á detenção da parte, a prisão em que se acha e em virtude do que se reclama,

Os factos declarados no requerimento serão confirmados pelo juramento da pessoa que fez a petição.

Secção 755.— A Côrte ou juiz a quem se faz a petição, expedirá a ordem de *habeas-corpus* a menos que se manifeste pela petição que a parte não tem direito a ordem. A ordem será dirigida a quem conserva em prisão o paciente.

Secção 756.— A pessoa a quem a ordem é dirigida fará a devida informação dentro de tres dias, a menos que o detido se ache em distancia maior de 20 milhas; quando além desta distancia e não da de 100 milhas dentro de dez dias; e quando além de 100 milhas dentro de 20.

Secção 757.— A pessoa a quem a ordem fôr dirigida certificará á Côrte ou juiz diante de quem é informada a verdadeira causa da detenção da parte.

Secção 758.— Quem informar á ordem, ao mesmo tempo, apresentará o paciente a quem se concedeu a ordem.

Secção 759.— Quando a ordem é informada, será marcado dia para audiencia da causa, não excedendo de cinco dias, a menos que o peticionario requisiite maior espaço de tempo.

Secção 760.— O peticionario ou o preso ou o coacto póde negar algum dos factos declarados na informação á ordem, ou póde allegar qualquer outro facto que póde ser essencial ao caso. A negação ou allegações devem ser sob juramento.

A informação ou allegações feitas contra ella podem ser corrigidas com licença da Côrte ou juiz, antes ou depois da mesma apresentada, comtanto que a materia de factos possa ser confirmada.

Secção 761.— A Côrte ou juiz procederá a um summario afim de determinar os factos do caso, ouvindo as testemunhas e argumentos e sobre isso tudo decidir dispondo do preso conforme a lei e justiça ordenarem.

Secção 762.— Quando uma ordem de *habeas-corpus* tiver sido concedida a alguém que, sendo subdito ou cidadão de Estado estrangeiro é ahi domiciliado, é preso ou detido ou posto em custodia por autoridade ou lei dos Estados Unidos, ou processo nella fundado, por acto feito ou ommettido sob qualquer allegado direito, ti-

tulo, função, privilegio, protecção ou isenção, reclamada sob commissão ou ordem, ou sancção de Estado estrangeiro ou sua syndicancia, a validade e effeitos da lei das nações, para serem determinados, pela Côrte ou juiz em tempo de conceder a ordem, serão levadas ao *attorney* geral ou outro official, proseguindo o feito no dito Estado e as provas d'elle serão produzidas na Côrte ou juiz em audiencia.

Secção 763.— Da final decisão de alguma Côrte ou juiz inferior do districto em que se processou a petição de *habeas-corpus*, ou de ordem concedida, pôde ser intentada appellação para a Côrte de circuito:

1.º No caso da parte allegar coacção em sua liberdade com violação da Constituição, lei ou tratados dos Estados Unidos;

2.º No caso do paciente ser subdito ou cidadão de Estado estrangeiro, mas ahi domiciliado, ser preso por autoridade ou lei dos Estados Unidos, ou de Estado ou processo nisso fundado, por acto feito ou ommettido sob allegado direito, titulo, autoridade, privilegio, protecção ou isenção, intentado, reclamado sob commissão, ordem ou sancção de soberania ou Estado estrangeiro, validade e effeitos da lei das nações ou debaixo dos mesmos motivos.

Secção 764.— Da final decisão da Côrte de circuito, appellação pôde se tomar para a Suprema Côrte nos casos descriptos na ultima clausula da secção precedente.

Secção 765.— As appellações permittidas pelas duas secções precedentes serão tomadas em qualquer prazo e debaixo da mesma ordem, tanto por detenção e apparençia allegada de estar alguém em prisão ou encerrada ou coacta em sua liberdade, como do despacho na petição de appellação, ordem de *habeas-corpus*, informação della e outras formalidades prescriptas pela Suprema Côrte ou não cumpridos pela Côrte ou juiz que conheceu da causa.

Secção 766.— Pendentes as appellações nos casos mencionados nas tres secções precedentes e até final decisão ou livramento, será julgado nullo e sem effeito qualquer procedimento contra a pessoa assim presa ou coacta em sua liberdade, em Côrte do Estado, por motivo averiguado e determinado ou em processo que se averiguar ou determinar.

§ 2º

Do *habeas-corpus* nos diversos Estados da America do Norte

As previsões das leis sobre *habeas-corpus*, presente mente em vigor nos differentes Estados, podem ser enumeradas por este modo:

I. A ordem manda que o sheriffe ou outra pessoa a quem é dirigida, tenha o corpo da pessoa que diz soffrer em sua liberdade, sem demora perante o juiz que a concedeu, ou perante algum outro Tribunal competente para tomar conhecimento das questões que o caso possa apresentar; e intima a pessoa que faz a restricção a liberdade do preso a comparecer ahi tambem, dando o motivo da restricção, afim de que as partes ahi se sujeitem ao que legalmente possa ser ordenado em seu beneficio. A linguagem varia nas diversas leis quando dão a fôrma da ordem, sendo que a substancia é a mesma.

II. A ordem póde ser concedida por qualquer juiz da mais alta Côrte e em sua ausencia ou impossibilidade por qualquer dos das Côrtes inferiores, aos juizes de numero; o direito a esse respeito está abrigado em uma esphera muito ampla, afim de assegurar a todos algum juiz dos competentes em conceder a reparação ou remedio.

III. A ordem póde ser concedida em todo o tempo desde que fôr pedida, funccionando a Côrte ou não.

IV. A ordem póde ser concedida ou á propria parte que soffre a restricção em sua liberdade ou a alguém por si, e se seu nome fôr desconhecido, a melhor descripção que de prompto se puder fazer é sufficiente.

V. O requerimento deve ser por escripto, confirmado por juramento da parte.

VI. O sheriffe ou outro official a quem a ordem é dirigida deve, de prompto, obediencia e prestrar-lhe immediato cumprimento, e informar a ordem, sem demora com uma exposição completa, em suas funcções.

VII. A ordem deve ser informada perante o proprio magistrado em audiencia, se a Côrte perante quem ella deva ser informada, então, não está em sessão.

VIII. Com as informações, estando presente o preso,

o caso é tratado; e sendo conhecida como legitima a causa de sua prisão, é elle despachado de uma vez.

IX. Se não fôr o preso despachado inteiramente, a Côrte ou magistrado póde ordenar que se afiance, se afiançavel fôr o crime ou a causa que se discute, até ser decidido afinal.

X. Em algum dos Estados está providenciado que a ordem não póde ser concedida se a parte que se julga soffrer restricção em sua liberdade está presa por crime ou em execução civil ou criminal, em processo regular.

Em outros Estados essas excepções não são feitas; se, porém, factos semelhantes estão patentes no processo o preso continúa em prisão.

XI. Em regra geral, depois da parte ter sido relaxada pelo *habeas-corpus*, não póde mais ser presa ou detida pelo mesmo motivo.

XII. A concessão da ordem, expedida e exigindo obediencia do official ou qualquer outra pessoa a quem fôr dirigida, é garantida com mui pesadas penas; do mesmo modo negada a ordem póde se recorrer a outro magistrado e o numero daquelles a quem se póde recorrer é tão avultado que difficilmente se póde suppor todos corruptiveis, ou por qualquer razão dispostos a não prestar a devida obediencia á lei. (1)

ART. 7º

O *habeas-corpus* na Republica Argentina

A materia do *habeas-corpus* no corpo da legislação da Republica Argentina não mereceu a mesma importancia que no Brazil, na Inglaterra e na America do Norte.

Assim na Nação Argentina não é materia constitucional. Não figura na declaração de direitos do cidadão. Por ahi se vê que póde ser reformada pela legislatura ordinaria.

Não é, pois, o *habeas-corpus* o apanagio das garantias constitucionaes, que podem ser suspensas pelo estado de

(1) *The American Cyclopedia—Hough, American Constitutions.*

sítio, o que veremos quando nos referirmos a esta matéria em relação ao nosso direito.

O código de procedimentos crimes no art. 617, assim define: “Contra toda a ordem ou procedimento de funcionário público tendente a restringir sem direito a liberdade de uma pessoa, procede um recurso de amparo da liberdade perante o juiz competente.

Também procede um recurso de *habeas-corpus*, quando uma autoridade provincial haja prendido um membro do Congresso ou qualquer outro indivíduo que obre em comissão ou como empregado do Governo Nacional”.

Quanto a seu carácter, competência na concessão, seu processo e mais modalidades quando tratarmos dessas matérias perante o nosso direito as estudaremos.

ART. 8º

O fundamento do *habeas-corpus* no Brasil

Quem sofrer, ou se achar em imminente perigo de sofrer violência, ou coacção por ilegalidade, ou abuso de poder pode pedir uma ordem de *habeas-corpus*.

O fundamento desta disposição é o art. 72 § 22 da Constituição da República que determina. “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência ou coacção por ilegalidade ou abuso de poder”.

Estes princípios não são novos, não foram uma conquista das instituições de 15 de Novembro de 1889.

Já existiam todos elles, nas leis do Imperio, assim mais de uma vez, quando tratamos da origem do remeio do *habeas-corpus*, vimos o eminente Sr. Teixeira de Freitas afirmar que antes do Código do Processo Criminal era por meio do interdicto *de liberis exhibendis* que se alcançava o desaggravo, qualquer que fosse o constrangimento ilegal na liberdade.

Veio o Código do Processo Criminal e nos arts. 340 e seguintes estabeleceu que: “todo o cidadão que entender que elle ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas-corpus*.”

Como conquista liberal tínhamos a lei 2033 de 20 de Setembro de 1871 que estabeleceu:

§ 1º do art. 18. “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas seja d'elle ameaçado”.

§ 3º do mesmo artigo: “Em todos os casos em que a autoridade que conceder a ordem de *habeas-corpus* reconhecer que houve da parte da que autorizou o constrangimento illegal, abuso de autoridade ou violação, flagrante da lei, deverá conforme fôr de sua competencia fazer effectiva, ordenar ou requisitar a responsabilidade do que assim abusou”.

A Republica fez essa materia constitucional, considerou-a como garantia aos direitos dos cidadãos por ella consagrados inviolaveis, e definindo a violencia, alargou o seu sentido, e na fórma exigida pela instituição.

Assim faça a magistratura suprema da Nação, e pela incerteza de suas decisões e dubiedade nessa interpretação não se lhe attribua o que os historiadores inglezes o faziam a jurisprudencia da *common law*.

A *common law*, diz Andrew Amos, foi indubitavelmente a alguns respeitos, taxada de imperfeita, e quanto á liberdade pessoal foi ella principalmente compromettida pelos seus meios incertos e flexiveis; e quanto a suas decisões, brotaram em grande escala, da cabeça dos juizes, nem sempre com resultados semelhantes e felizes, como quando Minerva sahiu armada da cabeça de Jupiter.

ART. 9º

O processo de *habeas-corpus* ou é originario ou como recurso a decisão já proferida

Tratemos da doutrina em face da Justiça Federal visto como sendo materia constitucional, os Estados em sua attribuição de legislar sobre direito adjectivo forçosamente se subordinarão a ella.

No periodo do Governo Provisorio, no dominio do decreto 848, que organizou a Justiça Federal diante dos termos confusos do art. 47 que determinava: “O SupremoTribuual Federal e os juizes de secção farão den-

tro dos limites de sua jurisdição respectiva passar de prompto a ordem de *habeas-corpus* solicitada, nos casos em que a lei o permita, seja qual fôr a autoridade que haja decretado o constrangimento ou ameaça de o fazer” não havia jurisprudência certa a seguir-se em relação ao processo originário.

E' verdade que a brilhante exposição de motivos do Decreto 848 assim se exprimia; “O *habeas-corpus*, na maior latitude desta preciosa garantia da liberdade, foi também commettido ao Supremo Tribunal originariamente e em grão de recurso da decisão de qualquer outra autoridade judiciária”, mas dos textos da lei o que se via?

Se por um lado as palavras do art. 47 eram dentro dos limites de sua jurisdição respectiva, por conseguinte dentro da competência limitada da Justiça Federal, por outro lado o mesmo artigo também estabelecia “nos casos em que a lei o permita e esses eram os da legislação antiga com a competência do Tribunal mais graduado.

No primeiro caso tínhamos o typo dos Estados Unidos da America do Norte; e podíamos segui-lo, em que a Suprema Côrte só conhece do *habeas-corpus* em petição originária dentro de sua jurisdição muito limitada, casos em que affecte embaixadores, ministros publicos, consules e naquelles em que um Estado seja parte; jurisdição originária que não póde ser extendida pelo Congresso a outros casos senão os expressamente definidos na Constituição.

A jurisdição por appellação, todavia, nos Estados Unidos estende-se a todos os casos da competência federal com as excepções e debaixo de regulamentação que o Congresso no exercicio de suas attribuições tem feito ou julgado fazer.

Esta jurisdição em appellação estende-se tanto ao direito como aos factos.

“O fim da Constituição a respeito da concessão de *habeas-corpus* é manifesto, diz o chief Justice Chase, que todo o cidadão possa ser protegido por meio judicial de prisão illegal. Para esse fim o acto de 1789 providenciou que toda a Côrte dos Estados Unidos teria o poder de concedel-o.

A jurisdição assim dada por lei ás Côrtes de circuito e de districto é originaria, a dada pela Constituição e lei á Suprema Côrte é por appellação. Concedida em termos geraes, estende-se necessariamente a todos os casos que cahirem debaixo do poder judiciario dos Estados Unidos, salvo os expressamente exceptuados.

“O Congresso, diz Church, não tem feito excepção de ordens do *habeas-corpus* e *mandamus* dessa jurisdição por appellação, pelo contrario, tem expressamente providenciado no exercicio dessa jurisdição por meio destas ordens”.

Na Republica Argentina, o Sr. Alcorta, era suas garantias constitucionaes, em relação á questão, fundado no art. 20 da lei de 14 de Setembro de 1863 que estabelece: “quando um individuo fôr detido ou preso por autoridade nacional, ou em virtude de uma ordem decretada por autoridade nacional, ou quando uma autoridade provincial prenda a ura membro do Congresso ou qualquer outro individuo que funcione em commissão do Governo Nacional, da Côrte Suprema de Justiça ou dos juizes seccionaes, poderão a requerimento das partes, ou de seus parentes ou amigos, investigar da origem da prisão, e no caso de que seja esta ordenada por autoridade ou pessoa que não esteja autorisada por lei, mandarão pôr o preso imraediamente em liberdade” e no art. 101 da Constituição, procura resolver nas seguintes palavras a legitimidade do emprego da ordem: “Esse artigo (o art. 20) diz que tanto a Côrte Suprema como os juizes de secção poderão decretar o auto de *habeas-corpus*, e, se bem que não especifique os casos correspondentes a uma e outras, deve-se applicar para resolver-se, as regras geraes de competencia. Assim, corresponderá a Côrte por appellação ou originariamente nos casos em que póde conhecer originariamente ou por appellação, de modo que não será possivel no primeiro caso quando a instancia tenha de começar perante os juizes inferiores. Si a lei não póde dar aos Tribunaes Nacionaes maior competencia de que a mesma Constituição determina, tão pouco póde variar em relação a essa competencia, por mais poder que tenha em restringil-a. E o art. 20 deve interpretar-se neste sentido”.

No segundo caso de interpretação tinhamos a aber-

ração dos princípios da instituição sobre a Justiça Federal.

O Supremo Tribunal a principio conheceu de qualquer petição, mais depois só conhecia das petições que originariamente lhe eram apresentadas, quando a materia de seu fundamento se comprehendia na competencia da Justiça Federal (sentença n. 406 de 2 de Agosto de 1893 e outros).

Convém lembrar que a Constituição já estava em pleno vigor e por conseguinte bem definidas as attribuições da Justiça Federal.

Depois o Supremo Tribunal adoptou a doutrina primitiva (sentença n. 435 de 9 de Dezembro de 1893).

Então em vigor a Constituição modelada pela da União Americana, nella nada vemos que desse razão a essa mudança de opinião e ainda mais ao alargamento dessa attribuição.

Os arts. 59 e 60 da Constituição não dão luz sobre a materia. Quanto ao *habeas-corpus* como recurso ella é clara no art. 61. Do que parece decorrer a jurisprudencia americana devia ter servido de modelo para nós.

Os sectarios do constitucionalismo em nossas leis encontraram para se acobertarem na questão do originario o art. 60, letra *a* da Constituição que estabelece: “as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defeza, em disposição da Constituição”.

Este argumento quando servisse era sómente em relação aos juizes seccionaes; em relação ao Supremo Tribunal no art. 59 não se encontra uma só têa em que se amparem.

Mas mesmo em relação aos juizes seccionaes o argumento prova de mais porque no capitulo “Declarações de direitos” está incluída toda a materia em relação ao individuo só, em familia, em corporações, seus direitos pessoaes, segurança individual e propriedade. E assim tudo fundando-se na Constituição todo o qualquer processo era da competencia da Justiça Federal.

O legislador ordinario não se preocupando, porém, com as nugas constitucionaes, votou a lei n. 221 de Novembro de 1890 que no art. 23 estatue para as duas hypotheses e sendo lei firmou jurisprudencia.

Assim o Supremo Tribunal é competente para conceder em petição originaria a ordem de *habeas-corpus*:

a) quando o constrangimento ou ameaça deste, proceder de autoridades, cujos actos estejam sujeitos á jurisdição do Tribunal.

b) ou fôr exercido contra juiz ou funcionario federal;

c) ou quando tratar-se de crimes sujeitos á jurisdição federal;

d) ou ainda no caso de imminente perigo de commetter-se a violencia, antes de outro Tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da especie, em primeira instancia. (Lei 221 art. 23.)

Dos termos precisos, vê-se, pois, que a jurisdição do Supremo Tribunal, em petição originaria, não é a do typo dos Estados Unidos, nem a do antigo processo.

Póde sómente exercitar-se quando o constrangimento ou ameaça provenha de autoridade cujos actos estejam sujeitos á jurisdição federal ou de crime da esphera federal; isto em relação á esphera federal.

E especificamos os dois casos porque um é separado do outro, porque actos sujeitos á jurisdição federal não abrangem os crimes da esphera federal. O crime de contrabando, por effeitos federaes, a prisão do empregado de fazenda, são da esphera da justiça federal, mas em geral as autoridades competentes nesse particular não estão sujeitas a jurisdição do Tribunal.

Na esphera local o Tribunal tem a competencia originaria quando o constrangimento ou ameaça fôr exercido contra juiz ou funcionario federal e no segundo caso (letra *d*) sómente quando houver ameaça para o cidadão em geral.

Segue-se que em relação á jurisdição local, não sendo o paciente funcionario federal, da prisão effectuada, ou da violencia realizada, não conhece o Supremo Tribunal, senão depois de alguma autoridade federal ou local ter tomado já conhecimento.

Os juizes seccionaes são igualmente competentes, dentro de suas secções, para conceder originariamente a ordem de *habeas-corpus*, nos mesmos casos em que é competente o Supremo Tribunal, ainda que a prisão ou ameaça desta, seja feita por autoridade estadual, desde

que se trate de crimes da jurisdição federal, ou o acto se dê contra funcionarios da União. (Lei 221 art. 23.)

Como especie intermediaria entre o processo originario e como recurso, temos o *habeas-corpus ex-officio*.

Este caso é a unica excepção ao principio de que a Justiça Federal se exercita sómente por provocação de parte, seja esta individuo, pessoa juridica ou o ministerio publico, na fôrma do art. 3º do Decreto 848, que reproduz o art. 2º da lei sobre Justiça Nacional Argentina.

O *habeas-corpus ex-officio* com fundamento no art. 48 do Decreto 848 tem lugar independentemente de petição, podendo qualquer juiz ou tribunal federal fazer passar uma ordem todas as vezes que no curso de um processo chegue a seu conhecimento, por prova testemunhal ou ao menos deposição de uma testemunha maior de excepção, que algum cidadão, official de justiça ou autoridade publica tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

Esta materia passou sem reparo da lei n. 221 de 1894, quando diante dos principios, parece-nos que essa competencia devia estar sujeita á regra a respeito do telegramma. O juiz que encontrasse materia para o caso devia remetter ao Procurador, na jurisdição, para requerer o que entender.

D'outro modo é letra morta, nem juiz de secção, nem ministro do Tribunal porá em pratica essa disposição.

Nossa opinião ahi fica —*Faciant meliora potentis!*

Esta disposição não é nova. O codigo do Processo Criminal no art. 344 já cuidava desta materia.

O codigo de procedimentos criminaes da Capital da Republica Argentina no art. 623 estabelece: Quando um Tribunal ou Juiz de jurisdição competente tenha conhecimento por prova satisfatoria, de que alguém está mantido em custodia, detenção ou confinamiento por funcionario de sua dependencia, ou inferior administrativo, politico ou militar, e que é de temer-se que seja transportado do territorio de sua jurisdição ou que chegará a soffrer um prejuizo irreparavel antes de ser soccorrido por um auto de *habeas-corpus*, póde expedil-o de officio, ordenando a quem o detem ou a qualquer commissario, agente de policia ou outro empregado, que tome a pessoa

detida ou ameaçada e a traga á sua presença para resolver segundo direito.

O *habeas-corpus* como recurso de decisão já proferida dá-se para o Supremo Tribunal Federal:

a) de decisão de juiz de secção; (Const. art. 59 n. II, Decreto 848, arts. 9, n. IV e 49).

b) de decisão do juiz ou tribunal local; (Const. art. 61, Decreto 848, art. 9, n. IV).

O recurso da letta *b* póde ser interposto directamente para o Supremo Tribunal da decisão do juiz da primeira instancia que houver denegado a ordem de *habeas-corpus*, independentemente de decisão do juiz ou tribunaes de segunda instancia. (Lei 221, art. 23, paragrapho unico).

O Supremo Tribunal Federal por accordãos n. 362 de 25 de Fevereiro de 1893 e n. 363 de 11 de Março de 1893 (diarios officiaes de 2 e 19 de Março) já estabeleciam que este recurso cabia, embora a decisão recorrida não fosse do Tribunal da mais elevada categoria na organização judiciaria local.

Antes da lei 221 pois o Supremo Tribunal assim julgava.

Tambem cabe o recurso para o Supremo quando o juiz ou tribunal, federal ou local, se declarar incompetente, ou por qualquer motivo se abster de conhecer da petição. (Lei 221 art. 23, paragrapho unico, letra *a*).

O Supremo em accordão n. 819 de 29 de Agosto de 1895 decidiu:

“A decisão adiando, sem prazo, o conhecimento do pedido, até que o paciente tendo justificado a ausencia com attestado de molestia, possa comparecer, autorisa a interposição do recurso, cabivel quando o juiz ou tribunal por qualquer motivo se abstem de conhecer da petição. Tomando-se conhecimento do recurso são exigidos do juiz processante novos esclarecimentos para o julgamento.”

O *habeas-corpus* como recurso, de que nos temos occupado é sempre voluntario.

Nas leis do antigo regimen havia, porém, na especie o recurso obrigatorio.

Ouçamos o Sr. Pimenta Bueno: “Tratemos agora propriamente do recurso sobre a concessão ou denegação de soltura por virtude da ordem de *habeas-corpus*. Quando a decisão é negativa, a lei não confere recurso della, pois que o art. 69 § 7º (da lei de 3 de Dezembro) sómente o ministra na hypothese contraria. E’ uma disposição que tem, tanto a seu favor como contra, argumentos de bastante peso. Quando, porém, a decisão é favoravel, isto é, quando ella concede a soltura, o citado art. 69 § 7º e o Reg. 120 arts. 438 § 8º e 439 § 1º determinam que os juizes de direito e chefes de policia recorram desse despacho *ex-officio* para a relação respectiva. E’ uma inspecção creada em tal caso para evitar abusos a respeito: Lei 3 de Dezembro, art. 72, e Reg. art. 445.” Este recurso não tinha effeito suspensivo. Não é inutil relembrar-mos esta disposição.

Em primeiro lugar em muitos dos Estados da Federação Brasileira estas disposições estão em vigor — Haja vista ao Decreto 1.030 sobre o Districto Federal arts. 81 § 1º e 89 n. III.

Em segundo lugar julgamos que dessa refôrma de decisão já proferida favoravelmente a soltura em ordem de *habeas-corpus*, dá-se o recurso para o Supremo Tribunal, nos termos dos arts. 59 n. II da Const. e arts. 9 n. IV e 49 do Decreto 848 na fôrma das expressões — denegarem a ordem de *habeas-corpus* ou a soltura.

Vejamos em relação ao *habeas-corpus* como recurso o que se dá na America do Norte e na Republica Argentina.

Uma appellação póde subir á Suprema Côrte dos Estados-Unidos nos casos em que a Côrte de circuito exerce jurisdicção originaria. Se alguém se julgar illegalmente coacto em sua liberdade, intentará uma ordem de *habeas-corpus* perante a Côrte de circuito e se esta Côrte recusar livral-o e recommendal-o em prisão, poderá appellar para a Suprema Côrte que concederá a ordem, acompanhada por uma outra denominada *certiorari*, fazendo subir a narração do procedimento inferior, tomando conhecimento do caso nessas duas ordens.

As Côrtes de districto tem sómente uma jurisdicção originaria. Foi-lhes conferida pelo *Judiciary Act* em 1789 e esse poder é assim conferido para conceder

ordens de *habeas-corpus*, quando necessarias no exercicio de sua jurisdicção, desde que forem solicitadas.

As Côrtes de circuito tambem tem a mesma jurisdicção originaria para conceder a ordem de *habeas-corpus*, nos casos necessarios ao exercicio de sua respectiva jurisdicção, conferida pelo mesmo acto.

Pelo *Judiciary Act*, porém, as Côrtes de circuito não tinham jurisdicção por appellação da decisão das Côrtes de districtos nos casos de *habeas-corpus*.

Uma lei de 1867, todavia, depois de conferir a muitos juizes das Côrtes dos Estados Unidos o poder de conceder a ordem de *habeas-corpus*, em additamento á sua autoridade, de harmonia com as leis anteriores, em todos os casos em que alguém se ache coacto em sua liberdade, em violação da Constituição, tratados ou lei dos Estados Unidos, providenciou sobre a appellação em todos os casos em que a petição começa na Côrte de districto e depende de final decisão daquella Côrte e no caso para a Côrte de circuito da do districto em que o caso foi processado. Uma appellação de igual procedimento tambem depende do districto para a Côrte de circuito nos casos mencionados nas leis revistas, secção 763, clausula 2^a. Exceptuados os casos previstos nesta secção nenhuma appellação segue para a Côrte de circuito da Côrte de districto em recurso de *habeas-corpus*.

Na Republica Argentina o art. 639 do codigo de procedimentos citado determina: A sentença pronunciada no recurso de *habeas-corpus* será appellavel, e sómente se concederá no effeito devolutivo quando fôr absolutoria, devendo se interpor o recurso dentro do peremptorio termo de 24 horas.

Acreditamos que o segundo caso dar-se-ha pela disposição do art. 637 que se exprime — Não se poderá dictar resolução alguma, tratando de acção crime, sem a intervenção do Ministerio Fiscal.

Nos Estados do Brazil afora a competencia do Supremo Tribunal e juizes de secção nos limites das disposições citadas, ha o *habeas-corpus* em originario, conforme estabelecido fôr pela legislação processual estadual, devendo predominar sempre os principios directores, emanados da disposição constitucional da União.

Ainda nos Estados ha recurso dos juizes inferiores.

No livro do illustrado Dr. Felisbello Freire, “As constituições dos Estados” se vêem os principios directores adoptados pelos Estados Federados do Brazil, em suas constituições.

De modo que em originario ha o *habeas-corpus* para o Supremo Tribunal, para o juiz seccional e segundo a legislação estadual para os juizes de primeira e segunda instancia, e como recurso na esphera estadual para o superior hierarchico e na esphera federal para o Supremo Tribunal.

Os defeitos de ordens diversas, como a dualidade de processo e inconstancia na estabilidade das leis estadoaes, nos faz affirmar que o *habeas-corpus* só é usado para o Supremo como recurso, quando a elle não se póde dirigir originariamente.

ART. 10

O *habeas-corpus* é, em regra, a garantia dos direitos do cidadão, consagrados inviolaveis pela Constituição, exceptuados os direitos de propriedade, e posse, diante de violencia ou ameaça della

Eis a interpretação que nos parece de harmonia com os textos de lei, natureza e principios de sua instituição.

D'outro modo não estaríamos com a definição nos termos do nosso artigo, teríamos confundido uma parte pelo todo, reduzindo o *habeas-corpus* a um simples *salvo-conducto*, ao simples direito de locomoção.

“Liberdade politica ou civil, define Blackstone, a que pertence ao homem em sociedade, não é outra coisa senão a liberdade natural restricta pelas leis humanas tanto quanto necessario e conveniente seja em vantagem geral da sociedade.”

Ed. Christian, em notas ao insigne commentador das leis inglezas, aprecia o valor de varias definições, do que seja liberdade e prefere a de Blackstone, “ainda que, diz elle, haja certas restricções resultantes da lei natural, que não são impostas pelas leis estabelecidas, mas que no emtanto não annullam a definição.”

“Na definição de liberdade civil, continua Christian, deve ser entendido ou antes estar expresso que os impedimentos introduzidos pela lei devem ser os mesmos para todos, tanto quanto permitia a natureza das cousas.

Póde-se assim definir a liberdade politica: como a segurança que a Constituição, a fôrma e natureza do governo concedem aos seus subordinados no gozo da liberdade civil.

Não ha idéas mais distinctas entre si como sejam as de liberdade civil e liberdade politica, entretanto confundem-nas geralmente, e a liberdade politica não teve ainda um nome que lhe fosse peculiar.

O sabio commentador diz indiferentemente liberdade civil ou politica; converia talvez empregar os dois termos em seus respectivos sentidos indicados, ou ter denominações fixas e especiaes para idéas que tanto differem por sua natureza.

A ultima especie de liberdade é provavelmente a que mais occupa a attenção do genero humano e particularmente o povo inglez. Quanto á liberdade civil, que não é senão a administração imparcial das leis justas e uteis, nós a temos gozado desde longo tempo e quasi tão completamente quanto se póde esperar sob um governo de homens.

Existe uma outra definição vulgar da liberdade, que não é nada mais que a faculdade de ir e vir. E' uma parte da liberdade civil. Como, porém, esta parte é a mais importante, pois que o homem em prisão não póde ter o exercicio e o gozo senão de um pequeno numero de direitos, é o que se chama, por excellencia, a liberdade.”

A liberdade de locomoção é, pois, uma parte, a mais importante talvez, dos direitos civis ou da liberdade civil, mas é uma parte delles.

A lei civil tem por objecto, diz Blackstone, assegurar a conservação desse inestimavel bem, a liberdade, mesmo ao ultimo de seus subordinados.

O que differe muito das Constituições modernas dos outros Estados do continente europeu e do character das leis imperiaes, que parecem não serem calculadas senão para attribuir ao principe e aos grandes um poder dispotico e arbitrario de inspecção sobre as acções dos subordinados.

Nada mais diremos, continúa Blackstone, sobre a declaração de nossos direitos e de nossas liberdades. Esses direitos, assim definidos pelos diversos estatutos, consistem em um numero de immunidades privadas que, não

são realmente outra cousa que o *residuum* da liberdade natural, da qual as leis da sociedade não exigiram o sacrificio em favor do interesse geral; ou por outra, não são desses privilegios civis que a sociedade se occupa em troca das liberdades naturaes abandonadas assim pelos individuos. Esses privilegios eram antigamente, ou por herança, ou por aquisição, os direitos do genero humano. Na maior parte das regiões da terra são mais ou menos aviltados e aniquilados; de modo que, hoje, se póde dizer que, elles conservaram-se especialmente e por excellencia os direitos do povo inglez.

Póde-se reduzi-los a tres artigos principaes: o direito á segurança pessoal, o direito á liberdade pessoal e o direito da propriedade privada.

Com effeito como não se póde contrariar o livre arbitrio natural do homem, ou restringil-o, senão pela infracção ou diminuição de um ou outro desses importantes direitos póde-se dizer com justiça que, manter sua inviolabilidade, é manter tambem todos os nossos privilegios civis, em seu sentido mais completo e exacto.

D'outro modo o texto constitucional soffreria a mesma critica que Jeremias Bentham fez em relação a iguaes direitos na Constituição ingleza. “Só serviam para figurar na nomenclatura dos direitos do homem”.

O art 72 da Constituição “assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes”:

De que vale essa inviolabilidade sem o recurso immediato á violencia filha da prepotencia, da ignorancia ou supina má-fé dos governantes?

Mera declamação!

“As liberdades, diz Guisot, nada são enquanto não se tenham tornado direitos, mas certos e formalmente reconhecidos e consagrados. Esses direitos quando reconhecidos ainda nada valem, se não se acharem intrincheirados em garantias. E finalmente essas garantias nada serão se não forem mantidas por forças independentes dellas, nos limites de seus direitos.

Transformar essas liberdades em direitos, cercar esses direitos com garantias, confiar a guarda dessas ga-

rantias a forças capazes de mantel-as, taes são os esforços successivos para um governo livre.

E' para assegurar esses direitos que foram instituidos os governos.”

E' assim que a declaração de independencia dos Estados que primeiros, constituíram a União Americana annuncia os direitos fundamentaes do homem em sua rigorosa e comprehensiva linguagem.

“Estabelecemos estas verdades para serem evidentes por si mesmas: todos os homens foram creados iguaes; todos foram dotados por seu Creador com certos direitos inalienaveis; entre elles estão a vida, a liberdade, em busca da felicidade; e para assegurar esses direitos, é que foram instituidos os governos entre os homens, derivando seu justo poder do consentimento dos governados”.

Circumscrever o *habeas-corpus* á violencia pessoal é asphyxiar os mais direitos da liberdade pessoal e segurança individual; é proclamar sómente o direito de locomoção.

No emtanto os direitos á liberdade pessoal, de que é apanagio o *habeas-corpus*, não constam sómente do direito a locomoção.

Examinemos toda a materia do art. 72 da Constituição.

Ninguém pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer cousa alguma senão em virtude de lei.

Todos são iguaes perante a lei.

Todos os individuos e confissões podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim.

Nos cemiterios, é livre a todos, os cultos religiosos, a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis.

A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a policia, senão para manter a ordem publica.

O 10º § não entra em duvida porque constitue o proprio direito da locomoção.

A entrada em casa alheia em contrario ao § 11.

A manifestação do pensamento pela imprensa, ou na tribuna na fôrma do § 12.

Os §§ 13, 14, 15 e 16 estão fóra de duvida.

O sigillo da correspondencia.

O julgamento pelo Tribunal do Jury.

As leis retroactivas.

As violencias á lei eleitoral e seu processo.

Tudo isso, circumstancias dadas, póde ser causa legitima do *habeas-corpus*.

Dir-nos-hão que a legislação brasileira possui a lei 221 que no seu art. 13 attribue a respectiva acção de nullidade contra as inconstitucionalidades das leis e regulamentos.

E' muito moroso ainda que summario mixto seja o processo.

Soffrendo a censura, o direito do cidadão deixa por um momento de ser inviolavel, até que a sentença annulle sua causa.

Se, porém, não é lei ou regulamento, é um acto de prepotencia da policia ou de qualquer agente da administração, qual o recurso ? A responsabilidade ? Em que paiz se torna ella effectiva ?

E o *habeas-corpus* é um remedio extraordinario. D'outro modo absorveria todos os recursos em sentido judiciario.

Como tal, porém, é o unico que garante a inviolabilidade dos direitos do cidadão.

Abstrahi das violencias à propriedade e posse e o veremos apto de tornar effectiva a inviolabilidade constitucional.

E senão qual o meio rapido que não faça perdurar a violação destes direitos ?

Qual o meio ordinario, regular, normal ?

Emquanto a “illegalidade ou abuso de poder” não fôr apurado, o seu autor estiver de pé, como fazer desaparecer a violação do direito ?

Antes do cidadão pedir a punição do excesso ou abuso do poder, unico meio de arredar o violador da posição em que violou seu direito, elle precisa conservar inviolavel o que lhe foi consagrado na Constituição.

Examinemos por outro lado o absurdo dos que nos contestarem.

Vejamos o estado de sitio.

O que é que se suspende nelle? As garantias con-

stitucionaes. Perguntaremos: é só o direito de locomoção que se suspende, ou todos ?

Vejamos o que se dá na Inglaterra e nos Estados Unidos. Suspende-se o *habeas-corpus*.

Por outro lado ainda perguntaremos, se é só o direito de locomoção, como obterá o mesmo preso as liberdades que elle nunca perde, mesmo em prisão ?

A incommunicabilidade.

A prisão em lugar diverso do que tem direito, em geral, ou em especial no estado de sitio.

O cidadão já está preso, não se trata da coacção corporea, qualquer outra coacção não será causa para fundamentar o *habeas-corpus* ?

Se não fôr em prisão publica ou por official publico, em um hospicio de qualquer natureza ou fim, não só em relação ao recluso, mas as pessoas de sua familia, diante de uma prohibição, não ha motivo para o *habeas-corpus* ?

Nas relações do poder marital, do patrio poder, e todos a este semelhantes desde que ha violencia, que pôde ser corporea, mas quando sómente coacção moral, não é caso de *habeas-corpus* ?

Pois bem, antes de tantas palavras sonoras das constituições liberaes, em um e outro regimen no Brazil esta theoria foi admittida.

Hoje, ha quem a repudie ?

O illustrado Sr. Alcorta em seu livro, garantias constitucionaes, reduz o *habeas-corpus* a este papel: “é solamente una garantia de la seguridad personal, pero garantia plena pues se coloca en las diferentes situaciones en que aquella puede sufrir, y tiene los medios de conseguir la cesacion de los males”.

No emtanto como vimos quando demos na integra o que existia a respeito na Republica Argentina o art. 617 se exprime: “la libertad de una persona” e liberdade não é só o direito de locomoção.

Ainda mais do art. 622, n. 1º se vê: “que la persona que hace la peticion ó en favor de quien se hace, se halla bajo orden de detencion ó detinida, preso ó restringida en su libertad”.

As expressões, são diversas, detenção (não realizada), detenção effectuada, ainda restricção a liberdade,

De que ordem é essa restrição?

A corporea já está incluída nas demais expressões; redundância então? Não.

De tão illustre publicista, pois, appellamos para a jurisprudência inglesa e americana do Norte.

Os sectários da doutrina de que o *habeas-corpus* sómente se refere ao constrangimento corporeo, ou ao direito de locomoção, apresentam como argumento que tendo os ingleses e americanos, varias espécies de *habeas-corpus*, e nós só tendo abraçado uma dellas, não é applicavel ao nosso direito a elasticidade dada naquelle paiz a tão importante remedio juridico.

Dizem que sómente possuímos o *habeas-corpus ad subjiciendum*.

Dizem mais que sendo elle applicado em causa crime ou constrangimento pessoal não tem lugar em outra qualquer violencia que não seja corporea.

Não são verdadeiras nem as primissas nem as conclusões.

Apezar do que já temos dito e por este livro está esparso, frizemos esse ponto, dando maior desenvolvimento ao historico dessas diversas ordens na Inglaterra para chegarmos á conclusão que tiramos.

Vimos, citando Blackstone, que diversas ordens eram empregadas em favor das restrições as liberdades e as enumeramos.

Vejam agora como eram ellas empregadas e como evoluíram.

Vamos definil-as com o mesmo Blackstone.

O direito de *manu captio* (*mainprize*) era uma ordem dirigida ao sheriffe; em geral, quando alguém tivesse sido preso por crime susceptivel de fiança e que esta lhe tivesse sido negada; ou especialmente, quando o crime ou causa da prisão, não fosse de natureza semelhante ás que as autoridades inferiores podessem convenientemente afiançar. Esta ordem recommendava ao sheriffe tomar todas garantias aos responsaveis pela apresentação do preso, e conceder-lhe a liberdade. Esses responsaveis differiam da caução, em que, aquelle que afiançava alguém podia fazel-o prender, ou entregal-o e renunciar sua fiança antes do dia marcado em que devia-se apresentar o preso; no emtanto que o respon-

savel ou *mainpernor* não podia fazer nem uma cousa nem outra, respondia pela apresentação do preso no dia marcado. A obrigação da caução consistia na responsabilidade de certo ponto em particular, estipulado na fiança; o responsável ou *mainpernor* era obrigado a apresentá-lo para responder por todas as culpas, quaesquer ellas fossem.

O direito *de odio et alia* era a ordem dirigida ao sheriffe, para que verificasse se a prisão do accusado de crime de morte baseáva-se sob presumpções fundadas, ou sómente por odio e má fê *propter odium et atiam*; e verificado o caso, se apparecesse motivo legitimo de suspeita, uma segunda ordem era expedida para que o preso fosse admittido pelo sheriffe a prestar fiança. Essa ordem não se devia negar a ninguém, sua expedição era gratis.

O direito de *homine replegiando* tinha por fim des-embargar a quem estivesse em prisão ou sob a guarda de um particular do mesmo modo que se obtinha sobre os moveis ou immoveis, prestando-se caução ao sheriffe de que o paciente se apresentaria para responder a todas as culpas que existissem contra elle. E se transportava-se para fóra da jurisdição do sheriffe, podia este devolver a ordem declarando que o preso se havia retirado; pelo que nova ordem que se chamava um *capias in-withernam* (em lugar de..., em substituição de...) era expedida para prisão do abonador da fiança, sem admittil-o a se afiançar ou dar responsável até que a parte se apresentasse.

Soffria esse direito tantas excepções de que resultou nenhuma applicação pelas muitas circumstancias, principalmente em casos em que a corôa era interessada.

Quasi abandonados esses tres recursos, diz Blackstone, por incapazes de remediar completamente todos os casos, chegou-se a recorrer geralmente, para os detidos illegalmente á ordem de *habeas-corpus*.

Na evolução do assumpto o *habeas-corpus* substituiu a todas essas ordens. Já o dissemos no artigo historia do *habeas-corpus*.

De todas da legislação ingleza, a mais notavel ordem era e é a de *habeas-corpus*.

De diversas maneiras faziam as côrtes reaes de Westminster uso do *habeas-corpus*, para fazer trans-

ferir os detentos de um tribunal para outro e facilitar assim a administração da Justiça.

Tal é o *habeas-corpus ad respondendum*, que era expedido quando alguém tinha uma acção a exercer contra detido por ordem de algum tribunal inferior; esta ordem tinha por fim fazer transferir o preso, para se intentar contra elle essa nova acção perante a Côrte Superior.

Tal é *habeas-corpus ad satisfaciendum*, quando em processo, pronunciado o julgamento contra algum preso, o queixoso desejava que fosse elle transferido perante outra côrte superior, para nella proseguir a execução do processo.

Taes são ainda os *habeas-corpus ad prosequendum, testificandum; deliberandum* expedidos quando necessario fosse transferir um preso, para proseguir uma acção, ou para depôr como testemunha em qualquer côrte de justiça, ou para o exame de seu processo perante a jurisdição do lugar em que se deu o facto.

Taes os *ad faciendum et recipiendum*, quando alguém accionado em uma jurisdição inferior, deseja levar a acção perante a côrte superior. Esta ordem obriga aos juizes inferiores a apresentar o corpo, isto é a pessoa do paciente e de declarar ao mesmo tempo, qual o dia e por que causa está preso (pelo que esta ordem frequentemente se chama *habeas-corpus cum causa*), afim de proceder como entender a Côrte.

A grande ordem, porém, efficaz em todos os casos de detenção illegal, é o *subjiciendum*, dirigido ao detentor do paciente recommendando que apresente e declare ao mesmo tempo o dia e causa da prisão ou detenção, *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum*, isto é, para fazer obedecer e fazer cumprir o que emanar da Côrte (Blackstone).

Do mesmo modo, pois, que aquellas ordens antigas se reduziram no *habeas-corpus*, as diversas especies desta se vêm no *subjiciendum*.

E assim nós o vemos applicado entre os povos que conservam esta instituição.

Os americanos do Norte possuem o *subjiciendum* e *testificandum*, o que se vê do *Judiciary act* e em

Church, § 90 com a restrição que sua applicação é para juiz em Camara e não juiz em Côrte.

Os argentinos tem o *subjiciendum* conforme o art. 617 do Codigo de procedimentos criminaes, com a faculdade do *deliberandum*; ahi está nesse mesmo codigo o art. 638 que se exprime: A pessoa apresentada em virtude de um auto de *habeas-corpus*, póde negar os factos affirmados na informação ou allegar outros para provar que sua prisão ou detenção é illegal, pelo que se lhe deve conceder a liberdade. Neste caso o juiz concederá prazo breve para a prova.

Nós além do *subjiciendum* temos o que os inglezes chamam o *prosequendum*, conforme nos ensina o Sr. Pimenta Bueno, no seu processo criminal, quando trata da “justa causa” e se refere “á mudança de prisão”.

No exposto está pois a refutação dos argumentos contrarios em sua primeira parte.

A segunda parte é viciada na argumentação, visto como redundante no *idem per idem* e contraria á evolução porque o remedio do *habeas-corpus* passou depois do *bill* de Carlos II.

Depois deste acto já vimos que a esphera do *habeas-corpus* mesmo *subjiciendum* alargou-se collocando-se de harmonia com a jurisprudencia da *common law*.

Ora, por esta dava-se esse recurso em todos os casos, mesmo que não fossem crimes.

Como, pois, argumentar-se que o *habeas-corpus* se refere sómente ao caso de prisão, isto é, constrangimento corporeo ou na imminencia delle ?

E o *prosequendum*, que se refere á prisão indebita, não se cogitando mais do constrangimento corporeo, porque esse já se deu ?

E’ ainda Blackstone que nos ensina: “a oppressão de um individuo obscuro (Jenkes) fez nascer a famosa lei, considerada como uma outra Magna Carta do Reino, que por uma especie de consequencia e analogia, reduziu, em tempos posteriores, ao verdadeiro modo, conforme a lei e os direitos, da liberdade, o methodo geral de proceder nessas ordens, ainda nos casos não comprehendidos no estatuto, se harmonisando com a *common law* sómente.

A principal qualidade desta ordem, diz Levingston, a que constitue sua excellencia, poderei dizer sua unica utilidade, é a presteza e efficacia de sua acção, como ordem de execução especifica. Todos os paizes admittiam a liberdade pessoal, antes, porém, que a Inglaterra desse o exemplo, em parte alguma se providenciou pela cessação immediata do mal.

Ed. Christian, em nota a Blackstone, ainda nos ensina, quando a prisão é necessaria em satisfação da justiça publica, ou para segurança da sociedade é uma medida que se amolda perfeitamente com a liberdade civil.

Com razão, diz Paley, não é o rigor das leis e actos da autoridade, mas sua applicação descabida, que os torna tyrannos.

Na natureza da ordem de *habeas-corpus* está a unica medida a empregar-se como garantia das liberdades civis.

A elasticidade que queremos dar ao *habeas-corpus*, e que existe na Inglaterra e na União Americana é uma conclusão logica dos principios.

Ahi estão as disposições do *Judiciary Act* nos números 753 e 762 e seguintes:

Em todos esses casos a propria prisão, já não fallamos da violencia ou restricção á liberdade, póde ser authorisada, quando o paciente obrou em nome da propria lei, que lhe facultou esse direito de fazer ou deixar de fazer ?

Em que lucra a Justiça em delongas quando se póde verificar pelo *habeas-corpus* a illegalidade da violencia ?

Dentro mesmo do *subjiciendum* sem necessitar do *deliberandum* ou outro qualquer processo de prova, se póde chegar ao conhecimento de que é violencia á liberdade a restricção commettida.

E' verdade que o estatuto de Carlos II cogitou sómente dos casos de prisão em materia crime, deixando as outras varias especies de coacção da liberdade pessoal entregues ao remedio ordinario, como subsistia antes dessa lei.

No emtanto, E. Levingston, nos cita que a proposito de um caso de marinheiros americanos transportados a bordo de um navio inglez doze juizes decidiram por

unanimidade “que as disposições sobre o *habeas-corpus*, não diziam respeito senão aos casos de natureza crime ou presumidos criminaes”.

E’ verdade que o juiz Bathurst accrescentou á sua opinião “ainda que a lei não cogitasse daquelles casos, os juizes da Côrte do banco do Rei tinham, para favorecer a liberdade, estendido esse privilegio a outros”.

Depois do estatuto de Cartos II foi adoptada a pratica da concessão da ordem em quaesquer casos.

O subsequente estatuto de Jorge III estendeu o *habeas-corpus* a todos os casos não comprehendidos no de Carlos II.

Foi, pois o *habeas-corpus* em seu começo empregado sómente em sentido restricto nas causas “crimes ou supostas criminaes”.

E’ verdade que nesse mesmo tempo havia a jurisprudencia da *common law*, mas essa, diz Church, teve bons e máos dias. Conhecia ella da ordem sem estar adstricta aos estatutos, circumscrevendo-se “n’um systema a que se attribuiu o merito especial de ter um caracter flexivel habilitando-a a accommodar-se ás condições, exigencias e conveniencias do pôvo”.

“A liberdade pessoal, accrescenta esse escriptor, foi assumpto nessas flutuações e foi nestes tempos em que esse direito foi violado”.

Nesta primeira phase do *habeas-corpus*, já se vê que era condição essencial a apprehensão corporea. Por outro lado o recurso só se dava de violação já commettida.

Mais tarde estendeu-se ás causas civis ainda predominando aquella condição.

No começo de nossa organização politica não foi a medida do *habeas-corpus* inserida na Constituição.

Já vimos que o Sr. Teixeira de Freitas nos ensina que por intermedio do interdicto possessorio conseguimos a inviolabilidade dos direitos de cidadãos.

Com o Codigo do Processo Criminal constituiu-se a instituição do *habeas corpus*. Em seus arts. 340 e seguintes desenvolveu toda a materia.

Mas o art. 340 só faltava em “prisão ou constrangimento illegal”.

A interpretação foi a mais restricta.

“Nos primeiros annos de execução do Codigo (o do

Processo) diz o provector collega o Sr. Oliveira Machado, em sua obra sobre o assumpto, entendeu-se que o *habeas-corpus* só tinha lugar em caso de prisão corporal, prisão physica pela effectiva apprehensão do individuo”.

No emtanto já o Sr. Pimenta Bueno, em seu processo criminal, final do art. 326 nos ensinava: “Do exame, tanto das leis estrangeiras, como das nossas, vê-se claramente que esta valiosa garantia é conferida não sómente contra a prisão arbitraria e sim contra todo o constrangimento illegal, ou elle provenha de uma detenção injusta, ou de ser ella verificada em lugar illegitimo, em carcere privado, ou resulte de uma exigencia forçada, ou oppressão que comprima individamente a liberdade do cidadão ou do homem”.

Surgiu então a “imminencia do perigo tão real como a propria prisão e então bastava a ameaça para fundamental-o” e como consequencia immediata o recurso tornou-se tambem preventivo em qualquer caso.

Publicado o Codigo do Processo, annos passados “os tribunaes firmaram a jurisprudencia de aproveitar igualmente ao caso de ameaça de prisão”, refere o mesmo Sr. Oliveira Machado.

E tanto esse pensar estava na necessidade da instituição que o legislador no art. 18, § 1º da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871 veiu confirmar essa jurisprudencia estatuinto “ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado”.

Em um outro ponto a nossa legislação acompanhou a evolução da instituição do *habeas-corpus* estabelecendo, até as limitações quando de prisão por pronuncia regular de juiz competente ou condemnação na mesma conformidade.

Essas restricções vieram dar maior vulto á instituição e á liberdade.

Não foram leis reaccionarias.

Em paiz nenhum em seu berço, a instituição deixou de salvar essa excepção.

Mudaram-se os tempos, vieram novas instituições.

O art. 72, § 22 da Constituição da Republica, vem fazer do *habeas-corpus* uma instituição constitucional e

inseriu em seus termos: “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre, etc.

Mas este texto não distinguio que especie de violencia era. E' de crer que alguém queira distinguir onde a suprema lei não distinguio?

O legislador constituinte aceitou o que era então a instituição do *habeas-corpus*, quiz, porém, definir, tornar claro que qualquer violencia era objectivo do *habeas-corpus*.

D'outro modo teria como em relação ao jury, § 31 do mesmo art. 72 estabelecido *ad instar*. Fica mantida a instituição do Jury.

Mas na propria Constituição ainda encontraremos um argumento a nosso favor.

E' o art. 83 que estatue: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados”.

Comparemos agora os dois textos da Constituição de 24 de Fevereiro e do Código do Processo.

N'um vemos “soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer”.

Dois estados: um actual, presente, effectivo; outro futuro, proximo, prestes a realizar-se.

Ambos debaixo das mesmas causas: “violencia, coacção ou por illegalidade ou por abuso de poder”.

N'outro “uma prisão ou constrangimento (palavras do art. 340 do Código do Processo) ou “constrangimento corporal (palavras do § 1º do art. 18 da lei 2.033).

Da phase do art. 72 § 22 desapareceu, portanto, a expressão dos textos da legislação anterior “o elemento corporeo”.

As expressões “violencia e coacção” sem esse restrictivo, que o legislador constituinte conhecia, abrangem, pois toda a violencia.

Vejamos a jurisprudencia Inglesa e Americana.

Antes seja-nos permittido referir um caso nosso. O Supremo Tribunal em *habeas-corpus* requerido em favor do Centro Monarchista e Centro dos Estudantes Monarchistas de S. Paulo julgou improcedente o recurso

interposto da decisão que deixou de conhecer da petição pela sua forma desrespeitosa e agressiva.

Em boa hora o Tribunal fundamentou nessas razões a improcedencia do recurso e não por não ter cabimento na *hypothese*. O *accordão* tem o n. 923 e se acha na *collecção* dos arrestos do anno de 1896.

“Restringir a ordem de *habeas-corpus*, diz o juiz Robert. M. Charlton, da Georgia, exclusivamente aos casos de encarceramento, seria destruir os fins da Justiça. Habilitaria o ladrão de crianças a reter na posse uma de tenros annos (tomada pela fraude e a força da familia) simplesmente porque a falta de arbitrio impediria de conhecer do encarceramento contra a sua vontade”.

“O objecto da lei do *habeas-corpus* é prevenir qualquer coacção á liberdade pessoal. O espirito todo da lei é a favor da liberdade e se as palavras são dubias devem ser interpretadas liberalmente a favor de taes aspirações. (Commonwealth. V. Ridgway, 2 Ashm. 248).

This right, diz Kent, *commentarios*, is most benefecially construed; and is applied to every case of illegal restraint, whatever it may be; for every restraint upon a man's liberty is, in the eye of the law, an imprisonment, wherever many be the place, or whatever may be the manner, in which the restraint is effected.

A primitiva jurisprudencia da Suprema Côrte dos Estados Unidos não se satisfazia com a ordem como remedio adequado em caso de prisão em processo civil. Wilson, 6 Cranch, 52; Cable. v. Cooper, 15 Johns, 152).

Essa duvida provavelmente oriçou-se do facto de que a celebre lei de Carlos II, como foi decidido na Inglaterra, só estava adstricta aos casos crimes. A jurisdição pela *common law* das Côrtes inglezas, como das nossas, cuidaram em remover essas duvidas Randolph, 2 Brock, 476, 477).

A ordem pela *common law* tem uma significação mais ampla do que a sua fôrma assignalada pela lei do *habeas-corpus*, podendo ser expedida em toda especie de casos em que se demonstre á Côrte que ha causa provavel para livramento a quem está illegalmente coacto em sua liberdade, ou em contrario aos termos da lei.

Por um exame da lei do *habeas-corpus* vê-se que



o remedio estatuido não correspondia nem de longe ao fim desejado. (Villiamson v. Lewi, 39 Pa. St. 29).

Para confirmar ainda o nosso acerto vejamos como nos refere Church, o uso da ordem de *habeas-corpus* nas reclamações á guarda particular, fundada em relações domesticas.

Seu objectivo pela *common law* e nos Estados Unidos estende-se ao marido, pai, tutor e mestre, com o fim de inquirir-se de qualquer violencia ou coacção illegal allegada pela mulher, filho, pupillo ou aprendiz.

No uso da ordem a este respeito deve ser observado que, não é ella empregada para reforçar o direito á guarda, mas remover o paciente de uma illegal.

Dizia-se na Inglaterra que a parte desse modo interessada na guarda presumia-se representante da vontade dessas pessoas coactas, a ponto de habilital-a a pedir o remedio de serem removidos, não indo seu objectivo além.

Depois duvidou-se que a Côrte podesse dar ordens em casos de adultos em relação á detenção, excepto quando circumstancias o exigissem, como no caso de idiotas, alienados, pessoas doentes; deixando-as, porém, á sua vontade. Se o emprego da ordem era feito por pessoa coacta, e manifesta era a detenção, a Côrte devia pronunciar-se na questão: conservando-a na guarda se legal, livrando-a no caso contrario.

Examinemos uma por uma dessas relações domesticas.

O marido tem o direito á guarda de sua mulher emquanto ella queira se sujeitar, e se elle é esbulhado desse direito por outrem, que a conserva contra a sua vontade, o recurso para recuperar a sua pessoa é o *habeas-corpus*.

Nesse caso o marido para rehavel-a, na declaração deve estabelecer que ella está coacta.

A seducção da mulher, fóra de seu marido, já se vê, é motivo de outra acção, mas não fundamento de *habeas-corpus*.

A mulher deve estar coacta para que o marido possa recorrer a ordem. Newlon, 2 Smith, 617).

Se a mulher está por sua propria vontade vivendo á parte de seu marido e não está coacta, a Côrte não

póde conceder *habeas-corpus* em pedido do marido, afim de restabelece-la sob sua guarda. (Queen v. Leggatt, 18 Ad & El, L. B. 781 e outros).

E quando o marido tem concordado em artigos de separação e combinado em que sua mulher viva só e nunca a quizesse perturbar ou á pessoa com quem ella queira viver, não póde ter *habeas-corpus*, porque se não fosse por outra razão, seu consentimento era a renuncia de seu poder marital. (Rex. v. Mead, 1º Burr. 542);

O facto da coacção deve apparecer nas informações ou a mulher será deixada em liberdade pela Côrte para ir onde quizer. Estes predicados são differentes dos de uma criança, porque aqui o pai tem o direito á guarda do filho, e se elle é de tenros annos, a Côrte deve ordenar que lhe seja entregue.

O marido, porém, não tem tal direito pela *common law* á guarda da mulher. (Sandilands, 12 Eug. L. & Eq. 463 e outros).

A mulher póde a favor do marido promover o *habeas-corpus* (Lobbett v. Hudson, 15 ad. El. e L. B. 988).

Póde elle tambem ser expedido a pedido da mulher e contra o marido, quando por este ella está individamente coacta.

Convém neste particular ter em mente a materia de divorcio e nullidade ou annullação de casamento para não se applicar impropriamente o recurso da ordem quando são aquellas disposições as a proposito nos casos vertentes.

Em relação aos pais pelos filhos uma consideração se antepõe ao uso do *habeas corpus* nessas relações domesticas e vem a ser: sobre que coacção se deve basear a ordem.

A base da ordem de *habeas-corpus* da *common law*, bem como das leis, é uma restricção illegal, e este facto deve ser proposto e provado existir para autorizar os procedimentos posteriores da ordem. (People v. Porter, 1 Duer, 724).

No caso de crianças, diz Hurd, pag. 453 uma ausencia não autorizada da guarda legal tem sido considerada, ao menos com o fim de se admittir a ordem, como equivalente á prisão; e obrigação de voltar para a mesma guarda como equivalente ao desejo de ficar livre.

A posse indevida de uma criança, principalmente quando de tenros annos, em relação á pessoa encarregada de sua guarda, é sufficiente fundamento para obter a ordem. (Mitchell, R. M. Charlton, 489).

Não é necesssario que violencia ou coacção seja exercida sobre a criança. (Causa Mc-Cbllan, 1 Dow. P. C. 81).

A ordem póde ser concedida a pedido de qualquer parente. (Templer, 2 Saund & C 169) e não sómente por parte da criança, ainda mesmo contra sua expressa vontade. (Com. v. Hamilton, 6 Moss 273).

O poder das Côrtes pela *common law* nos casos relativos á guarda de crianças estende-se principalmente a proteger as crianças de violencias e livral-as de guarda indevida. (Forsyth's Custody of Infants).

A Côrte do banco do Rei desconhece qualquer direito de cuidar da pessoa em relação á educação. (Vellesley v. Vellesley).

Essa jurisdicção foi exercida pela Côrte de chancellaria e quando petições eram feitas á Côrte do banco do Rei relativas aos cuidados e protecção com o fim de educal-os eram enviadas geralmente ao chefe da Chancellaria para final disposição.

De facto, no emprego do *habeas-corpus* o pedido do pai ao banco do Rei para reaver seus filhos, a Côrte indagava se elles eram sujeitos á Côrte da chancellaria ou se havia algum processo na Côrte a seu respeito; caso affirmativo, negava ella expedir a ordem.

A regra de lord Mansfield, quando a ordem de *habeas-corpus* era pedida, era esta: “A Côrte estava obrigada, *ex-debito justitiæ*, a fazer as crianças livres de uma restricção indevida; não era, porém, obrigada a entregal-as a qualquer nem dar-lhe privilegio algum. Ficava a seu arbitrio, (da Côrte) conforme as circumstancias que se apresentassem. (Rex. Y. Deleval, 3 Burr 1436 e outros).

Outra efficacia da ordem de *habeas-corpus*, cita Christian, para livrar um homem illegalmente detido em uma prisão publica, sua influencia se estende até fazer cessar qualquer restricção injusta da liberdade pessoal na vida privada, mesmo quando imposta pelo marido ou pai. A Côrte livra os simplesmente de uma detenção desarasoavel e não merecida, sem se pronunciar



sobre a validade do casamento ou sobre o direito á tutela, e os deixará livres de irem onde quizerem, protegendo-os, tadavia, no trajecto ao sahir do Tribunal, por um official da Côrte, se ha razão de temer-se que se apudarem delles. E se é uma criancinha que não se possa conduzir sosinha, a Côrte a remette sob a guarda de seus parentes ou do que lhe parece ser seu tutor legal (3 Burr. 1434).

Vejamos agora as relações entre mestre e aprendiz.

Vimos, diz Church, que a ordem de *habeas-corpus* pôde ser expedida sem a co-participação de uma criança menor, no emprego de quem está habilitado á sua guarda, porque ha uma autoridade expressa. Esta regra applica-se mais particularmente ás relações de pai e filho, tutor e pupillo; a guarda do tutor substituindo, por conseguinte, em *loco parentis*. Não se deve, porém, fazer applicação, em sentido illimitado as relações de mestre e aprendiz.

Eis os casos debaixo deste ponto de vista.

Quando o aprendiz está sob tal coacção que o impede de cumprir seus deveres para com seu mestre, pôde este recorrer aos poderes da Côrte por meio do *habeas-corpus* sem consentimento mesmo do aprendiz, para leval-o perante ella a fim de conhecer-se dos factos que devem ser indicados na petição A Côrte pôde então livrar o aprendiz da coacção illegal e a ir com o mestre e exercer seus serviços, se quizer.

Quando, porém, o fim evidente do mestre é reaver a guarda e serviços do aprendiz e particularmente quando transpire que o aprendiz não quer voltar para tal serviço, a ordem não deve ser concedida a pedido do mestre.

As relações do mestre e aprendiz são meras relações de negocios entre as partes, e para a má-fé que exista da parte do aprendiz, tem o mestre sua acção para obrigar-o.

Para a Côrte, pois, conceder a ordem de *habeas-corpus*, a pedido do mestre para reaver seu aprendiz, excepto quando este queira voltar” seria o mesmo que auxiliar o cumprimento especial de serviços particulares. Depois isso deve ser resolvido em Côrte de equidade e assim a Côrte não deve soccorrer uma obrigação desta ordem, não havendo compensação nesse meio, ou pela lei ou pela equidade.

Em summa a ordem de *habeas-corpus* não póde ser convertida em acção para exigir-se o cumprimento de um contracto. Demais, nos poucos annos em que a ordem tem sido concedida para habilitar o mestre a recuperar a guarda de seu aprendiz, a ordem tem sido convertida em uma especie de “auto de desembargo pessoal”.

Nem póde este uso da ordem ser sustentado pelo principio, de que o objecto da ordem é simplesmente soccorrer a liberdade pessoal. Sempre, porém a ordem deve ser expedida, empregada a favor do aprendiz, ou com seu consentimento, se elle estiver sob a coacção illegal, porque neste caso o verdadeiro objecto da ordem, a segurança da liberdade pessoal, é favorecida.

Assim em relação ao effeito da expedição da ordem, pois, para o aprendiz, não faz differença se expedida a pedido do mestre ou do aprendiz, porque em audiencia será determinado se o aprendiz está ou não sob a coacção illegal. Se, portanto elle está em liberdade e n'outro caso elle póde ir onde quizer, do mesmo modo a Côrte não irá até ordenar a sua conservação sob a guarda de seu mestre.

Church, ainda, cita o caso *Groodenough*, em que se vê estar estabelecido que a Côrte entregará um menor á guarda de seu mestre, se os contractos são validos, sob o fundamento que a lei suppõe no mestre ter o direito á guarda do aprendiz, que deste modo collocado, não está sob coacção alguma, e que entregar o aprendiz á guarda do mestre é restituil-o àquella liberdade que está estabelecido por lei e que quando os contractos são nullos, o aprendiz deve ser entregue á guarda de seus parentes e pessoas de confiança, se de 14 annos de idade.

Em relação á tutela é ainda debaixo dos mesmos principios de coacção illegal que a ordem deve ser expedida e nunca para transferir para si a guarda do pupillo.

O objecto da ordem de *habeas-corpus* é assegurar á liberdade pessoal e não auxiliar nenhuma das relações domesticas. O direito á tutela não póde ser tratado no processo da ordem.

Quando liberta da restricção illegal, a Côrte deve permittir á criança, se tem bastante discernimento, fazer

livre e despreocupada escolha, indo para onde lhe aprouver.

Se não fôr ella capaz de dirigir-se, a Côrte deve, exercendo seu arbitrio, em relação ao bem-estar della, dar-lhe uma guarda segura, apesar dos direitos legaes e naturaes dos parentes.

Ser livre, diz Christian, é viver em um paiz, em que as leis são justas, applicadas e exequiveis, imparcialmente; em que seus subordinados têm a certeza que ellas continuarão a ser sempre taes.

Ou como já dizia Cicero, 4 Philip, *hanc retinete, quæso, Quirites, quam vobis, tanquam hæreditatem, majores vestri reliquerunt.*

Se com o que dissemos não convencemos, ou não illustramos o assumpto para os que mais sabem, seja nos licito, terminar com o sabio Blackstone: “Recommendo aos que estudam nossas leis levar mais longe suas pesquisas no importante e extenso assumpto de que nos temos occupado; terminado nossas observações a este respeito com o voto que ao espirar o famoso Fra-Paolo fazia por sua patria: *Esto perpetua !*

ART. 11

O direito do *habeas-corpus* encontra as seguintes limitações

Antes de encetarmos o desenvolvimento desta materia convém refutar a interpretação que alguns dão ao texto constitucional como não estando sujeito aos casos que constituem essas limitações.

Os que assim pensam diante do art. 72 § 22, consideram de inconstitucionalidades as leis que desenvolveram ou regularam essa disposição e bem assim as applicações das do antigo regimen adoptaveis á hypothese.

Esquecem esses interpretes, antes de tudo, que ha principios certos em relação á instituição e que não é crível que o intelligente legislador constituinte aberrasse delles em amor a uma liberdade mal comprehendida.

A primeira razão em que se fundam é que o *habeas-corpus* sendo neste regimen uma instituição politica não póde soffrer limitações no texto constitucional, exceptuados os casos que expressamente ella menciona,

facto que não se dava no Imperio, em que a Constituição não cogitou.

A segunda razão é que desse modo o legislador commum ou ordinario poderia alterar o texto constitucional, porque a tanto se reduz aquellas limitações, não expressas no corpo da Constituição.

Esta argumentação reduz-se a um facto historico e a principios de direito constitucional.

Não tem valor, nem o facto historico, nem os principios em que se assenta essa argumentação.

Se o texto, regra ou preceito constitucional, assim fosse considerado, não haveria necessidade das leis organicas.

Nos paizes em que a federação é adoptada, como nos Estados Unidos da America e na Argentina, os com montadores não pensam desse modo.

Bryce, depois de estabelecer as razões da instituição da justiça federal, diz: “a Constituição esboçou as linhas do systemas, as leis ou estatutos fazem o resto”.

Esquecem, estes interpretes, que o art. 83 da Constituição que manda considerar em vigor as leis do Imperio, não revogadas e adaptaveis, tambem é constitucional.

Diante do preceito constitucional complexo, sem uma lei ou principios organicos, sentiriamos os mesmos defeitos de que nos falla E. Livingston em relação aos americanos do Norte; “se nenhuma lei anterior ou posterior tivesse definido o que era a ordem de *habeas-corpus*, nem determinado a maneira pela qual ella se deveria obter, como seria ella executada, quaes os seus effeitos ou a que penas estaria ligada a sua infracção, seria insignificante ella.”

Na America do Norte a regra é: “um axioma em nossa jurisprudência, diz Swayne, citado por Bryce, que um acto do Congresso não deve ser julgado inconstitucional a menos que o defeito em decretal-o seja tão claro que não admitta duvidas. Toda a duvida deve ser resolvida a favor da validade da lei”.

Essa argumentação ainda é falsa diante da materia de interpretação da Constituição.

“Não me arrisco, diz Bryce, pag. 373, a uma disser-

tacão geral de interpretação, nem em estabelecer regras em que juizes e commentadores se fundam, por ser assumpto de jurisprudencia. Meu fim é indicar em que direcção e quaes os resultados da Constituição ampliada, desenvolvida e modificada pela interpretação; e debaixo deste ponto de vista, tres são os aspectos que precisam ser discutidos: 1º, as autoridades encarregadas de interpretar a Constituição; 2º, os grandes principios seguidos na determinação pela Constituição, de certos poderes conferidos ou não; 3º, as resistencias possiveis a abusos do poder interpretativo.

A quem compete interpretar a Constituição ?

Qualquer questão suscitada em processo regular, em relação ao pensamento e applicação da lei fundamental, evidentemente será fixada pelas côrtes de lei.

Toda a côrte é igualmente obrigada a pronunciar-se, e com competencia, em taes questões, tanto côrtes de estado como côrtes federaes; sendo que as mais importantes questões levadas, por appellação, á Suprema Côrte Federal, ella lhes determina praticamente a decisão final.

Quando as côrtes federaes têm fixado o pensamento de uma lei é obrigatoria a sua aceitação.

Existem, porém, outras questões, cuja interpretação não é fixada pelas côrtes, umas porque não têm a felicidade de chegar a processo, outras porque são taes que difficilmente o conseguirão.

Em relação a estes pontos, toda autoridade, federal ou estadual, assim como todo cidadão, deve guiar-se pelo melhor aspecto que possa formar do verdadeiro intento ou pensamento da Constituição, pesando sempre o perigo que esse ponto de vista possa conduzir a erro.

Ha, tambem, pontos de interpretação, que toda côrte seguindo pratica bem pensada, deve negar-se a decidil-os, porque são considerados de “uma natureza puramente politica”, em que indefinido arbitrio sómente é corrigido pelos casos determinados pela praxe. São, pois, segundo sua natureza, do conhecimento dos poderes executivo e legislativo, cada um dos quaes considera-os, conforme sua materia, desde que caiham dentro de sua esphera, e debaixo desse aspecto, devem ser observados pelos cidadãos e Estados.

E', portanto, um erro suppôr que o judiciario é o

unico interprete da Constituição, por certa campanha que perdura contra as outras autoridades de governo, cujas vistas não coincidem, de modo que uma controversia entre essas autoridades, ainda que afrouxando o pensamento da Constituição, torna-se incapaz de ser determinada por qualquer procedimento legal. Isso não causa grande confusão porque a decisão, quer seja politica ou judicial, só conclue em relação á controversia dada ou materia occorrente.

Tal é a doutrina presente e geralmente aceita na America.

Bryce continúa dando-nos a historia dessa luta e desenvolve as demais questões, para o que nos falta tempo afim de não tornar longo o muito que temos a fazer.

Quanto ao argumento ou facto historico julgamos não ser verdadeiro ou melhor não ter valor.

Quem examinar o art. 179 da Constituição do Imperio e o art. 72 da de 24 de Fevereiro, chega á conclusão que já chegaram os Srs. Pimenta Bueno e Teixeira de Freitas e que nós atraz o repetimos, o *habeas-corpus* é em regra o meio de conservar inviolaveis os direitos consagrados taes pela Constituição, guardadas as verdadeiras excepções.

A maior latitude na definição do *habeas-corpus* como materia constitucional só tem o effeito de não poder ser reformada pelos meios ordinarios; facto que não se dava no Imperio.

Quatro são as restricções que o *habeas-corpus* encontra, de modo que, não é elle admittido dentro das condições estabelecidas pela lei.

Vamos ennumerar-as classificando-as do geral para o particular, isto é, as permanentes em todos os tempos, as em determinadas circumstancias e finalmente as adstrictas a classes especiaes.

a) Não se poderá reconhecer constrangimento illegal na prisão determinada, por despacho de pronuncia ou sentença de autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra taes actos, que só pelos meios ordinarios podem ser nullificados.

Esta limitação é oriunda dos princípios em que se constituiu o *habeas-corpus*, das legislações adiantadas, da jurisprudência dos tribunais, com especial menção do Supremo Tribunal Federal.

O requisito essencial é “a autoridade competente” para decretar a pronúncia ou a sentença condenatória.

Assim não sendo, é um dos casos em que a prisão é ilegal e por conseguinte fundamento legal para o *habeas-corpus*.

Assim, pois, a pronúncia ou condenação, em qualquer procedimento, traga ou não, em si, a pena de prisão ou qualquer outra, não pôde ser revista pelo recurso de *habeas-corpus*, desde que a autoridade que decretou a tem competência.

A razão disso está nos próprios actos que produzem, quer a pronúncia, quer a condenação.

O despacho de pronúncia ou a sentença não são decretadas, sem um processo, em que a defesa é garantida pelo pacto fundamental, em que os recursos são concedidos às partes, não podendo ser uma supreza.

Esses recursos, meios ordinários são estabelecidos nas leis para garantia do direito e da justiça, desenvolvidos nos processos federal ou local.

Em relação á pronúncia os recursos para o juiz superior ou Tribunal.

Em relação á sentença os recursos comuns para a instância superior e o extraordinário da revisão do processo, visto o denominado assim propriamente dito, para o Supremo Tribunal, estar decidido que, em regra, não tem cabimento em negocio crime, como se vê de seu accordão n. 60 de 4 de Dezembro de 1895.

De passagem diremos que as hypotheses que se podem levantar, em que o recurso extraordinário seria necessario para não ficar tolhida a parte do recurso para a justiça da União, nós a examinaremos quando analysarmos a prisão ilegal, sem justa causa.

Sejam, pois, quaes forem os motivos que se levantem contra a pronúncia ou sentença, não são susceptíveis do emprego do *habeas-corpus*, desde que sejam de autoridade competente.

Essa disposição é a integra do § 2º do art. 18 da lei 2033 de 1871, prescrição julgada necessaria diante

dos abusos que acarretaram uma latitude infundada da lei então.

“Antes do art. 18, § 2º, diz o Sr. Oliveira Machado, os juizes e tribunaes julgaram-se investidos de um direito que não encontrava limites no § 3º do art. 353 do Código do Processo. Não poucas vezes concederam soltura por nullidade de formulas a réos condemnados á prisão ou galés e até a alguns que já cumpriam sentença nas nossas penitenciarias.

As resoluções imperiaes de 25 de Maio e 1 de Junho de 1866, tomadas em consultas do Conselho de Estado, profligaram, com rigorosa logica, os arrestos que, por manifestamente infensos, á autoridade dos julgados, equivalentes á lei, á verdade irretratavel, constituíram abuso anti-constitucional, revivendo processos findos ou delicto digno de mais severa repressão”.

Já o Supremo Tribunal Federal que na hypothese tem interpretação legal, se tem manifestado de harmonia com a disposição que ora analysamos.

Dispõem os accordãos .

O de n. 806 de 10 Julho de 1895:

“Não ha constrangimento illegal quando exista despacho de pronuncia proferida por autoridade competente.”

O de n. 820 de 4 Setembro de 1895:

“Não é illegal a prisão de réos pronunciados em crime inafiançavel, desde que não se prova nem se allega incompetencia de juiz que os processou e pronunciou ou do jury que os julgou e absolveu, estando a sentença pendente de appellação, quaesquer que sejam as nullidades arguidas por inobservancia das leis processuaes”.

O de 4 de Março de 1896:

“Não se suscitando duvida acerca da competencia do juiz da pronuncia não é illegal a prisão do indiciado, quaesquer que sejam as arguições contra a mesma pronuncia, que, só pelos meios ordinarios póde ser nullificada”.

O de 22 de Março de 1896:

“E' legal a prisão do paciente pronunciado em crime inafiançavel e estando a pronuncia competentemente sustentada, não obstante as nullidades que allega

haver na formação da culpa, as quaes só poderão ser apreciadas no julgamento do jury”.

O de 27 de Maio de 1896.

“E' illegal o constrangimento a que está sujeito o paciente ameaçado em sua liberdade por effeito de sentença de pronuncia, depois de haver obtido *habeas-corpus*, por ser a mesma sentença irrita e nulla. Se em regra a concessão de *habeas-corpus* não suspende a marcha do processo comtudo este principio deixa de ser applicavel quando a concessão tem por fundamento a incompetencia de juizo”.

Em contrario ao que temos estabelecido seja-nos permitido illustrar com um caso proferido pelo Conselho da Côrte de Appellação, do Districto Federal, aliás composto de juizes propectos e illustrados.

O Congresso Nacional deixou de consignar fundos para a colonia correccional dos Dois Rios. Diversos condemnados á reclusão na colonia tiveram de permanecer na Detenção da Capital Federal, visto o Congresso ter autorizado o governo a dar-lhes conveniente destino.

Um delles Julio de Almeida, o primeiro que soccorreu-se do emprego da ordem requereu *habeas-corpus* ao Conselho, visto estarem estes presos á ordem do chefe de Policia, obtendo soltura, apezar das informações do chefe de Policia, o illustre fluminense Dr. Manoel Edwiges de Queiroz Vieira.

O accordão do Egregio Conselho foi: “Concedeu-se a impetrada ordem de soltura ao paciente Julio de Almeida, porquanto, tendo sido condemnado a quinze mezes de reclusão na Colonia Correccional, confirmada por accordão da Camara Criminal e extinguindo-se a dita colonia, foi recolhido o paciente á Casa de Detenção para cumprir o resto da pena, como informou o Dr. chefe de Policia, e naquella casa tem permanecido até a presente data.

E' incontestavel que a pena de reclusão em uma colonia correccional não póde ser convertida em prisão, nem tinha competencia para o fazer a autoridade que semelhante conversão decretou, visto que sómente póde ter lugar a conversão de pena por expressa disposição de lei e pelo juiz da execução, e nunca por analogia, de ordem de outra autoridade que não seja o dito juiz.

Portanto e por ser manifestamente illegal a permanencia do referido paciente na prisão em que se acha, mandamos que seja posto em liberdade se por al não estiver preso. — Em 13—7—97.— *Rodrigues*, Presidente.

O propecto desembargador Luiz Antonio Fernandes Pinheiro assignou-se vencido.

Apezar do respeito e consideração que prestamos aos dignos desembargadores do Conselho, nomeadamente ao desembargador José Alves de Azevedo Magalhães, em cuja pessoa se reúnem os attributos de um juiz integro, ha de nos ser permittido mostrar que esse accordão não interpretou a lei, usurpou funcções e é de consequencias lastimaveis na administração da justiça.

O accordão fundamentando-se na incompetencia da conversão da pena esqueceu-se que, quando assim fosse, desde que não era aggravada, deixava de lado a condemnação que elle confirma ter passado em julgado, que só a revisão podia alterar ou modificar a sentença.

Usurpou funcções de moderador perdoando o resto da pena porque a isso equivale a soltura.

Considerou illegalidade a mudança de lugar no cumprimento da pena, motivo de violencia, quando desde que não altera a pena ella não é objecto de *habeas-corpus*.

O *habeas-corpus* neste caso não podia ser empregado, foi um erro.

A disposição que ora analysamos parece ser de direito adjectivo, mas não o é, pertence aos principios da instituição do *habeas-corpus*.

E' assim que vemos o legislador do Estado de Minas interpretar diversamente como temos feito até aqui. Assim o art. 9 da lei n. 17 de 20 de Novembro de 1891 dispõe: “admittir-se-ha o recurso de *habeas-corpus* qualquer que seja a causa ou ameaça do constrangimento illegal.”

O illustrado collega Levindo Ferreira Lopes commentando essa lei se exprime: “Restaura-se nesta disposição a legislação anterior á lei 2033, em virtude da seguinte disposição do art. 3 § 20 da Constituição do Estado: “Dir-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se acha em imminente perigo de soffrer

violencia ou coacção por ilegalidade, ou abuso de poder.” Não subsistem, pois, as restricções feitas na citada lei n. 2033”.

Esta jurisprudencia não se funda nos termos ou expressões da disposição litteralmente a mesma da Constituição de 24 de Fevereiro e que tem interpretação contraria pelo Supremo Tribunal Federal e nos principios.

Em boa hora tornamos patente que o Estado do Rio de Janeiro, nada innovou nessa materia como se póde ver do art. 317 da Lei n. 43 A, que organisou a justiça e estabeleceu o processo, tendo adoptado a legislação anterior do Imperio, como se vê de seu art. 311.

Seja-nos licito chamar a atenção, nesta questão, para um principio que é constitucional. E' a disposição do art. 59, § 2º da Constituição que estabelece:

“Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e vice-versa as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos Tribunaes Federaes, quando houverem de interpretar leis da União.”

Commentando igual principio da Constituição Americana, Bryce, pag. 237, nos ensina: “A lei applicada nas côrtes federaes deve ser a decretada pela legislatura federal, que prevalece contra qualquer lei de Estado. Em muitos casos, porém, como por exemplo em pleitos, entre cidadãos de diversos Estados, a lei federal, sómente em segundo lugar póde ter applicação.

Em taes casos a primeira cousa a fazer-se é determinar-se que lei deve reger o caso, cada Estado tendo uma lei differente.

E quando isto estiver fixado, applica-se ella aos factos justamente como uma côrte ingleza applicaria uma lei franceza ou escosseza quando, se pronunciasse sobre a validade de um casamento contrahido em França ou na Escossia.

Interpretando a lei de um Estado (incluindo sua Constituição, leis e *common law*, que na Louisiana é a lei civil franceza em suas fôrmas) as côrtes federaes devem seguir as decisões das côrtes dos Estados, considerando essas decisões como a mais elevada autoridade na lei de um Estado particular.

Essa doutrina é tão completamente seguida que a



Suprema Côrte tem muitas vezes rejeitado suas próprias e prévias decisões sobre certo ponto de lei do Estado afim de collocar-se de conformidade com o pensar da mais alta côrte de um Estado.

E' superfluo dizer-se que as côrtes do Estado seguem as decisões das côrtes federaes em questões de lei federal”.

“O departamento judicial, diz Marshall, de cada governo é o órgão competente para interpretar os actos legislativos daquelle governo...

Estes principios de interpretação dados pela Suprema Côrte á Constituição e leis dos Estados Unidos são recebidos por todos como a verdadeira interpretação; e o mesmo principio de interpretação dado pelas côrtes dos varios Estados aos actos legislativos desses Estados é recebido como verdade, a menos que não esteja em antagonismo com a Constituição, leis e tratados dos Estados Unidos”.

Na Inglaterra esta limitação caminhou com as garantias á liberdade.

Pela grande Carta das liberdades, diz Blakstone, obtida, de espada em punho, do rei João, confirmada depois em parlamento, com algumas modificações pelo rei Henrique III, seu filho, nenhum homem livre podia ser preso nem aprisionado senão em virtude do *julgamento legal*.

Muitos estatutos antigos, decretados depois, determinaram expressamente que ninguém pudesse ser preso nem aprisionado por denuncia ou petição dirigida ao rei ou seu conselho, *se não tivesse sido em prosequimento legal*, ou se tivesse procedido pela *common law*.

A petição de direitos estabelece que nenhum homem livre será aprisionado ou detido, sem ter sido ouvido em causa conforme a lei.

O estatuto XVI de Carlos I diz que: “se alguém fôr privado em sua liberdade por ordem ou decreto de côrte incompetente, etc, etc.”

No *bill* de Carlos II, se vê: no n. III e a quaesquer outros que não sejam condemnados ou em execução por processo regular, e no mesmo numero *in fine*: “a menos que se mostre... que a parte assim presa está

detida em processo... regular de côrte que tenha jurisdição criminal na materia; no n. VI: senão em virtude de ordem regular e processo da côrte onde tenha sido condemnado em julgamento completo.

Favorecer a prisão, diz Blackstone, em todos os casos, é o que não se poderia conformar com qualquer noção de lei e de sociedade politica, resultando dahi a destruição completa da liberdade civil, pois que tornar-se-hia impossivel protegel-a.

Quando dissermos sobre a ordem de prisão argumentos de outra ordem virão ainda corroborar essa limitação.

Vejamos a jurisprudencia ingleza e americana.

A prisão feita por decreto de magistrado de jurisdição inferior, taes como juiz de paz ou de policia, póde, não só ser examinada, assim como a Côrte póde ouvir nova prova, afiançar o preso ou reenvial-o á prisão, assim como o juiz isso póde exigir.

Emquanto isto é verdade, a Côrte não póde relaxar a quem está devidamente preso em processo regular, em procedimento de *habeas-corpus*, ainda que o preso possa claramente provar sua innocencia (People v. Richardson).

Essa regra a esse respeito parece estender-se a condemnado e preso, ainda em virtude de testemunhas falsas. (People v. Rulloff).

Nem a ordem será expedida a favor de detido em prisão sob processo da côrte de chancellaria, sob o fundamento de que o guarda da prisão da rainha impropriamente removeu-o para a prisão destinada a criminosos de classe especial. (Cobbett).

Não póde o preso ser relaxado por *habeas-corpus* porque está sob carcereiro, em lugar do sheriffe a quem, na realidade, devia ser entregue, porque o carcereiro é funcionario conhecido pela lei e a sua guarda é a do sheriffe em muitos effeitos. (Bethel'case).

A parte detida em processo regular de outra côrte não póde ser relaxada pela ordem de *habeas-corpus*. (Respublica v. *Keeper of the Jail*).

O que está preso em execução sob o juizo de paz por uma somma que exceda sua jurisdição póde ser relaxado por *habeas-corpus*. (Geyger v. Stoy).

Examinemos ainda as disposições de lei, a respeito, na Republica Argentina.

No arto. 618 do Codigo de procedimentos criminaes da Capital se vê:

Para os effeitos do artigo precedente, os juizes federaes, do crime da Capital e os dos territorios nacionaes, conhecem do mencionado recurso em todos os casos, com excepção dos seguintes:

1.º Quando a ordem de detenção, arresto ou prisão emane de superior na ordem judicial.

2.º Quando fôr expedida por algum dos juizes correccionaes do crime da Capital em exercicio.

3.º Quando emane de alguma das casas do Congresso.

O art. 621 tambem dispõe: Não ha direito para pedir o auto de *habeas-corpus* quando a privação da liberdade fôr imposta como pena por autoridade competente.

Ainda o art. 635 se exprime: O preso ou detido será reenviado a seu estado de detenção si do exame resultar alguma das circunstancias seguintes:

1.º Quando detido em virtude de ordem, auto ou decreto de autoridade competente.

2.º Quando a detenção ou prisão seja o resultado de uma sentença definitiva.

3.º Quando se ache preso ou detido por desacato contra tribunal, juiz, autoridade ou corporação com direito a castigal-o, sempre que dessa faculdade resulte ordem ou decreto.

b) em estado de sitio.

O assumpto é de summa importancia, basta o seu enunciado; complexo por conter muitas materias de interesse publico; melindroso por ser um estado restrictivo da suprema liberdade; difficil pelo vago arbitrio que em si contém.

Quando o senado de Roma, ensina Blackstone, julgava a Republica em perigo imminente, recorria a um dictador, magistrado cuja autoridade era absoluta.

Chamava-se *senatus-consultum ultimæ necessitatis* o decreto do Senado que precedia á nomeação do dictador,

“*Dent operam consules, ne quid respublica detrimenti capiat.*” (1)

Estado de sitio, define Alcorta, garantias constitucionaes, “podemos decir es aquel estado en que se encuentran suspendidas las garantias constitucionales en caso de una commocion interior ó un ataque exterior, permanecendo los tribunales de justicia en el libre ejercicio de su jurisdiccion ordinaria.”

E' justamente o caracteristico do estado de sitio constatado pela Constituição da Republica.

Esta medida não deve mesmo ser tentada senão, ensina Blackstone, no caso de uma necessidade extrema; a nação abandona então sua liberdade por um tempo, afim de conserval-a para sempre.

E' assim que a Constituição no art. 80 dispõe:

“Poder-se-ha declarar em estado de sitio qualquer parte do territorio da União, suspendendo-se ahi as garantias constitucionaes por tempo determinado, quando a segurança da Republica o exigir, em caso de aggressão estrangeira, ou commocão intestina.”

Esta disposição constitucional é o caso geral, a definição, a parte reguladora sobre a materia.

E' verdade que em mais dois lugares a Constituição se refere ao estado de sitio, como veremos, mas nesses casos, ella cogita da materia sómente de competencia, quanto á sua decretação.

Assim posto, decorre da disposição do artigo constitucional que, o nosso estado de sitio consiste na suspensão sómente das garantias constitucionaes. Não é a suspensão completa da Constituição. Não é, como diz Alcorta refutando Montesquien, “a estatua da liberdade velada.”

Tanto que, decorre do artigo, que sómente na parte do territorio declarado em sitio é que se suspendem as garantias constitucionaes, permanecendo ellas em inteiro vigor, no restante não incluído na medida de excepção.

Disposição igual é a do art. 11 da lei de 9 de Agosto de 1849, em França, que estabelece: “os cidadãos podem exercer todos os direitos garantidos pela Constituição,

(1) *Operam dare*, estar attento (Plauto e Terrencio), *ne quid respublica detrimenti capiat*, para que o Estado não soffra algum damno, (Cicero e Salustio).

cujo gozo não se tenha suspenso pelas anteriores disposições, não obstante o estado de sitio.”

O Supremo Tribunal Federal por accordão n. 175 de 4 de Novembro de 1891, também assim decidiu, que: “no decreto de suspensão das garantias constitucionaes não estão comprehendidos os *habeas-corpus* por crimes communs e sim tão sómente os que provêm de prisões ou ameaças de constrangimento illegal da parte das autoridades administrativas por motivos politicos.”

Dissemos que o Supremo Tribunal “tambem assim decidiu” porque coherentes como somos, em materia politica negamos ao Supremo Tribunal Federal o poder de interpretar exclusivamente, o texto constitucional, como em começo expuzemos de harmonia com Bryce e a interpretação americana.

Do mesmo artigo decorre mais, desde que, não ha limitações, nem lei organica, sobre a materia, como veremos quando mostrarmos a legislação estrangeira, que todas as garantias constitucionaes em relação à liberdade e segurança individual, como à propriedade, podem ser suspensas.

Em verdade, diz o Sr. Pimenta Buenos, desde que a grandeza do perigo não póde ser combatida pelos meios ordinarios, é irremediavel autorisar meios de defesa sufficientes para salvar a existencia do Estado.

E' de ver-se que assim podendo ser suspensas as garantias constitucionaes, no vago das disposições e sem lei reguladora, estão incluídas as dos representantes da Nação.

Si no dizer do Sr. Pimenta Bueno, essa suspensão corresponde ao caso dos romanos: “a declaração da Patria em perigo”, onde está, mesmo em theoria, o privilegio para ficarem illesos, conspirando, o que é possível, nos proprios actos que occasionam tão extraordinario estado: “a situação a mais dolorosa a que um povo póde chegar”, na phrase de E. Pierre, autor do tratado de direito politico?

“E' nos limites das necessidades do vosso mandato que o privilegio existe”, dizia Odilon Barrot, presidente do Conselho em França, em Junho de 1843.(1)

(1) “No dia em que os membros do Congresso forem suspensos, seja conspirando, seja attentando com armas na mão ou sem

Para não nos alongarmos diremos esta materia é tratada pelo mesmo escriptor E. Pierre, nos discursos parlamentares do senador Quintino Bocayuva nas sessões do Senado brasileiro de 1892 e 1897, em sentido favoravel á nossa opinião e no inverso pelo Conselheiro Ruy Barbosa.

As garantias que se suspendem com o sitio podem ser declaradas no acto da decretação, e devem sel-o quando pelo poder executivo.

Ainda mais, a decretação deve marcar o tempo da suspensão e não indefinidamente como aconteceu em 1863, nos Estados Unidos, em que afinal foram os tribunaes, que por suas decisões, julgaram terminada a medida de suspensão do *habeas-corpus*.

Ainda, como materia principal, estudemos qual o poder competente para decretar o estado de sitio e com elle os motivos que fundamentam essa decretação.

O art. 80 § 1º dispõe: Não se achando reunido o Congresso, e correndo a Patria imminente perigo, exercerá essa attribuição o Poder Executivo Federal.

Esta disposição vem corroborar o que dissemos; é o art. 80 que cogita sobre a materia. E tanto é assim que essa disposição é a repetição dos arts. 34 n. 21 e 48 n. 15 da mesma Constituição.

E' assim que o art. 34 n. 21 dispõe:

“Declarar em estado de sitio um ou mais pontos do territorio nacional, na emergencia de aggressão por forças estrangeiras ou de commoção intestina, e approvar ou suspender o sitio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsaveis, na ausencia do Congresso.”

Assim o art. 48 n. 15 dispõe:

“Declarar por si, ou seus agentes responsaveis, o estado de sitio em qualquer ponto do territorio nacional, nos casos de aggressão estrangeira ou grave commoção intestina.”

ellas contra a autoridade do Presidente da Republica, perderam o character de embaixadores da nação, de delegados do povo, de mensageiros da paz, e não da guerra, e, roto o mandato e com elle a harmonia dos poderes, a revolução será uma realidade.”
Erico Coelho, annaes da Camara, 1892, Julho.

Da comparação das tres disposições decorre que: “compete privativamente ao Congresso Nacional a decretação do estado de sitio e que só na ausencia do Congresso pôde ser elle decretado pelo Presidente da Republica por si ou agentes responsaveis.”

Vê-se, pois, confirmado o que dissemos que o art. 80 reunindo toda a materia, o § 1º só cogitava da competencia.

E senão, vejamos da comparação das tres disposições, arts. 34 n. 21, 48 n. 15 e 80 o que ellas expressam: o primeiro “em um ou mais pontos do territorio nacional”; o segundo “em qualquer ponto do territorio nacional”; o terceiro “em qualquer parte do territorio da União; tudo isto em relação ao territorio.

Demais exprime-se o primeiro: “na emergencia de aggressão por forças estrangeiras ou de commoção intestina”; o segundo: “nos casos de aggressão estrangeira, ou grave commoção intestina”; o terceiro, mais completo que os precedentes: “quando a segurança da Republica o exigir, em caso de aggressão estrangeira, ou commoção intestina.”

Os termos empregados nos tres artigos são, pois, equivalentes, mas o art. 80 é a chave, é mais explicito quando dispõe: “quando a segurança da Republica o exigir.”

Ainda mais, se perguntarmos a esses artigos em que tempo, ou durante que tempo, só o art. 80 nos responde: “por tempo determinado.”

O final do art. 34 n. 21 ainda vem como corrolario do artigo, materia sómente de competencia, que confirma o nosso asserto sobre o art. 80.

Exprime-se o legislador: “e approvar ou suspender o sitio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsaveis, na ausencia do Congresso.” (1)

(1) “Com as palavras *approvar* e *suspender*, do art 34 n. 21, disse o deputado Erico Coelho, na sessão do Congresso de 30 de Junho de 1892, presas pela conjunção disjunctiva *ou*, o legislador constituinte quiz significar que essas proposições eram susceptíveis de affirmação cada uma pela sua parte cada qual de per si, separadamente pois; uma excluindo a outra. A alternativa é esta: pelo facto de *approvar* as medidas tomadas pelo

E' de ver-se que o legislador só trata do estado de sitio não decretado pelo Congresso mas com isso não quiz estabelecer restricção á materia do § 3º do art. 80 como adiante veremos, nem colloca esses dois artigos em antagonismo.

Em relação á materia do *habeas-corpus* o assumpto assim discutido, interessa em relação á questão, que sómente á ordem do Presidente da Republica ou de seus agentes, serão cumpridos os actos que em si contiverem a suspensão dos direitos, ou por outros termos, sómente os actos emanados, dessas autoridades é que não são susceptiveis do emprego da ordem.

Essas medidas ainda devem-se ligar aos motivos e causas que determinaram ou fazem perdurar o sitio; isto para não confundir com os actos praticados pelas mesmas autoridades, mas que connexão ou ligação não tenham com o sitio.

Suspensas as garantias constitucionaes, vejamos quaes as medidas de repressão que podem ser embargadas pelo Poder Executivo.

O art. 80 § 2º dispõe: Este, (o Poder Executivo) porém, durante o estado de sitio, restringir-se-ha nas medidas de repressão contra as pessoas, a impôr:

1º. A detenção em lugar não destinado aos réos de crimes communs;

2º. O desterro para outros sitios do territorio nacional.

Em primeiro lugar salientemos que esta disposição se refere a todo o estado de sitio, quer seja decretado pelo Executivo, quer pelo Congresso, porque se assim

governo, o Congresso não suspende os effeitos dos decretos, reconhecendo a necessidade de mantel-as: pelo facto do *suspend* os effeitos dos decretos do governo, o Congresso não approva, não sustenta as medidas na oportunidade de examinal-as. Com approvar, o Congresso confirma o acerto das medidas, tanto no tempo em que foram decretadas, como no acto de dizer sob a sua conveniencia á paz interna. Com *suspend*, porém, não se entende forçosamente a reprovação das medidas; porquanto o estado de sitio e actos correlativos podem ter sido acertados, de conformidade com as circumstancias do momento politico de sua decretação, entretanto no acto do Congresso emittir decisão sobre o assumpto, já não serem necessarias.” Erico Coelho. Annaes da Camara, Julho de 1892.

não fosse teríamos o absurdo que, quando fosse elle decretado pelo Congresso, o Executivo não tinha medidas a empregar porque além deste artigo em nenhum mais se cogita dessa materia.

Fica assim refutada a erronea opinião dos que pensam que o § 2º do art 80 só se refere ao sitio decretado pelo Executivo.

Em segundo lugar esse § 2º do art. 80 estabelece com suas disposições um circulo limitado de medidas, unicas que podem ser postas em pratica, não sendo applicaveis outras quaesquer medidas de excepção, como se vêem nas nações européas e americanas, e consagradas eram pelo antigo regimen, revogadas pela disposição que analysamos.

O nosso estado de sitio, pois, não é um estado de guerra nem sujeito à lei marcial.

Pelo contrario quando durante elle, se derem perturbações, ou sejam ellas causas do sitio, em que o elemento militar seja germen ou della causa, ainda nenhuma excepcionalidade se dá, applica-se, passado o estado de sitio, quando tribunaes tenham de ser ouvidos, as disposições da lei n. 631 de 18 de Setembro de 1851.

“As commissões militares, dizia Bernardo Pereira de Vasconcellos, no inicio de nossa nacionalisação, são invento infernal. A historia judiciaria basta a convencer-vos, de que o Juiz conhecido antes do acto de julgar, nem sempre se guia pelas Leis e pela razão natural; todos os peitos não são inaccessiveis ás paixões e á corrupção; e muito custa resistir aos embates do Poder, empenhado nas decisões judiciais: mas o peor de todos os juizes é o escolhido pelo governo para sentenciar os que considera seus inimigos: entre juizes assim escolhidos e assassinos uma só differença noto: e é que os primeiros matam com os aparatos judiciarios, e sem estes os segundos.”

Em terceiro lugar este § 2º com o seguinte § 3º, estabelecem os efeitos do sitio. E para isso ver basta attender ás expressões “durante o estado de sitio restringir-se-ha a impôr.”

O Executivo durante o sitio impõe as medidas dos

ns. 1 e 2 como repressão aos causadores dos motivos que o ocasionaram.

E tanto é assim que em primeiro lugar ha a suspensão das garantias constitucionaes, cousa muito diversa das medidas dos ns. 1 e 2, efeitos do sitio. De modo contrario ficaria reduzido o Executivo a um papel de inepto e inerte, se na lei não tivesse os meios de restabelecer a paz, a tranquillidade, a normalidade nacional, segregando os elementos perturbadores que motivaram o estado anormal. (1)

Fazer cessar essas medidas com o restabelecimento das garantias constitucionaes é o funcionamento dos tribunaes com todas as garantias e subterfugios de um processo regular, com a prova falsa dos processos em crimes politicos, em que a impunidade ou nenhuma repressão já está de antemão segura pela benignidade do juiz popular. (2)

Isso por outro lado seria a negação do que se vê nas nações cultas, em que essas perturbações são elementos de esphacellamento da integridade nacional e não, cousa

(1) A suspensão de garantias, em virtude da declaração do estado de sitio, comprehende todos os cidadãos que se acham no lugar onde se verifica a commoção intestina, mas tão sómente os que ali estiverem então; porém os cidadãos porventura alcançados das medidas de repressão não readquirem os direitos e garantias de que forem privados momentaneamente, pela circumstancia de serem degradados para qualquer outro ponto do territorio nacional, isento dos efeitos do estado de sitio. E assim como a declaração do estado de sitio não deve acompanhar os cidadãos para o lugar do degredo, afim de se manter a respeito dos mesmos a suspensão de direitos e garantias, assim também não se deve prolongar o estado de sitio do lugar onde se verificar a commoção intestina, uma vez restabelecida a ordem e a tranquillidade publicas, graças á detenção ou afastamento dos desordeiros. E. Coelho, Annaes citados.

(2) “A imposição de prisões e degredos deve ser feita durante o sitio, enquanto dura o eclipse da Constituição no tocante aos direitos e garantias do cidadão; porém execução das medidas decretadas não tem limites de lugar senão os confins do territorio nacional, a de tempo, senão ao criterio do Poder Executivo, sujeito á decisão do Congresso; do contrario, a repressão seria inexequivel, salvo a hypothese do prolongamento do estado de sitio além do tempo estrictamente preciso para o restabelecimento da ordem e tranquillidade publicas.” Erico Coelho, Annaes da Camara, Julho de 1892.

comesinha e quotidiana, como só acontece nas republicas sul-americanas.

Ainda por outro lado estaria este pensar em desharmonia com a letra do § 3º do art. 80.

O art. 80 § 3º dispõe: Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da Republica lhe relatará, motivando-as, as medidas de excepção que houverem sido tomadas.

Da collocação da disposição, como paragrapho do art. 80, o primeiro facto que decorre é que sua materia como a do paragrapho anterior se refere ao sitio, em geral.

Interpretes da Constituição ha que julgam que erradamente a disposição do § 3º destacou-se do § 2º de que deveria ser dependencia constituindo o n. 3, e não como se vêm em todos os exemplares impressos. Isto não é serio. O fim que elles têm em vista é considerar que as obrigações do § 3º referem-se sómente ao sitio decretado pelo Executivo para sujeitar ao final do art. 34 n. 21, isto é, a approvação ou suspensão.

Não colhe o argumento porque paragrapho do art. 80 ou numero do § 2º dava-se o vicio de lacuna como já nós enunciamos.

Mas isso é uma interpretação exdruela, impotente para ser aceita.

Parte de um todo connexo como é o art. 80, é o § 3º a consagração dos principios da Constituição seguidos pelas nações cultas.

Examinado em sua letra, vê-se que elle, o paragrapho, cogita das medidas empregadas e tomadas, e não do acto em si, do final do art. 34 n. 21. Neste as expressões fallam em approvar ou suspender o sitio decretado pelo Executivo; no § 3º do art. 80 referem-se a todas as medidas empregadas.

O Congresso precisa saber dessas medidas; o Executivo tem pelo systema representativo obrigação de dar conta do que fez durante o sitio, decretado por quem quer que seja.

Isso é que o decorre dos principios e do que é consagrado pelas Constituições dos povos cultos, começando pela Constituição do Imperio (antigo regimen) até ás leis francezas; em todos elles, o que se vê é a obrigação do

Executivo, em todos os casos de dar noticia ao legislador do que fez.

Nas proprias palavras iniciais do § 3º: “logo, etc.” vê-se, o que ainda é consagrado pelas Constituições, a exigencia de quanto antes o Legislativo ter conhecimento do que fez o Executivo.

Se assim não fosse ou as medidas perduravam sómente durante o sitio, ineptia; ou não tinha o Executivo corretivo, pela ignorancia do Congresso do que, em sitio decretado por elle ou Executivo, se tivesse feito.

Entregar desde logo aos tribunaes o que o Executivo colleccionar durante o sitio é imiscuir o poder judiciario nas questões politicas, para as quaes não tem competencia; é perder a occasião de não approvando os actos do Executivo, fazer pelos transmisses legaes o processo pelos abusos praticados por elle; é, nessa occasião propria, deixar de amnistiar os culpados, função constitucional que lhe é conferida, meio adequado de restabelecer a ordem da Nação.

Esse recurso de amnistia póde ser parcial a uns e outros não. Os que não forem attingidos por ella, irão então, responder por suas culpas perante a justiça regular.

E tanto é assim que só depois desses actos apreciados, é que se torna effectiva a disposição do art. 80 § 4º, competencia que não é do poder politico, mas do judiciario.

“As autoridades que tenham ordenado taes medidas são responsaveis pelos abusos commettidos.”

Assim como a Constituição é imaginada procedendo do Povo que decretou-a, e não da Convenção que desenhou-a, assim deve ella ser considerada para o fim de ser interpretada como sendo, não a obra de um grupo de legistas, mas do proprio povo” diz Bryce.

Em relação ao *habeas-corpus*, assim coroo as demais medidas tomadas pelo executivo, não podem os tribunaes intervir sem que o legislativo tenha todo o conhecimento para approvar ou suspender o que fez.

E a razão está em que esse acto é essencialmente politico.

“O estado de sitio, diz Alcorta, é medida de caracter politico a que não se deve recorrer senão nos casos que assim se apresentarem.”

Do mesmo modo Marshall reconhecia-lhe esse caracter, como se póde ver no caso *ex-parte Bollman*: “Se a segurança publica, exigir que se suspendam as faculdades conferida” pela lei de 1789, ao Congresso cabe decidil-o. E' medida que depende de *motivos politicos* que ao legislador pertence avaliar.”

A jurisprudencia do Supremo Tribunal tem negado hoje o que affirmou hontem como veremos no final deste trabalho.

EM LEGISLAÇÃO COMPARADA

Na Inglaterra suspende-se a lei. Assim pelo estatuto IX de Jorge II, cap. I foi suspensa a lei de *habeas-corpus* por um certo prazo, e em Green, historia de Inglaterra, se vêem outros exemplos de suspensão.

Jeremias Bentham passa em revista as suspensões na Inglaterra nos seguintes termos: “Pelo que diz respeito á lei do *habeas-corpus*, melhor seria que a lei escripta fosse alijada. Real ou mentirosa como a fazem, de pé um dia, por terra no outro, serve sómente para avolumar a lista das suppostas garantias, com as quaes, se mantendo a desillusão, as paginas de nossas leis escriptas estão manchadas. Quando nenhum homem carece della é quando está de pé; em tempo em que deve estar em uso está então suspensa.”

A historia da ordem de *habeas-corpus* na Inglaterra mostra que sómente o parlamento póde suspender ou autorisar a suspensão e que o tem exercido mais de uma vez.

Durante a suspensão da lei do *habeas-corpus* na Inglaterra a corôa está autorisada a “prender suspeitos sem dar alguma razão por isso e o funcionario que expedir a ordem de prisão torna-se responsavel por suas consequencias, se a detenção fôr illegal.

Para proteger os que não se puderem defender por acção de falsa prisão, em taes circumstancias, leis de indemnisação serão decretadas durante a suspensão. (Lei 58 de Jorge III, cap. VI.)

May, *Constitutional, history of England* nota que a suspensão do *habeas-corpus* é “em verdade a suspensão da Magna Carta.”

“Felizmente, por nossa Constituição, diz Blackstone, não é o poder executivo a quem pertence o direito do determinar si o perigo do Estado é tal que seja a proposito a adopção dessa medida; é sómente o parlamento, ou o poder legislativo, que póde, quando julgar conveniente, suspender o acto do *habeas-corpus* por um tempo curto e limitado e autorisar a prender os suspeitos sem dar disso razões.”

Nos Estados Unidos da America do Norte não é a lei do *habeas-corpus* ou a ordem do *habeas-corpus* que é suspensa. E' o privilegio da ordem que se suspende.

Esta é a linguagem que decorre expressamente da restricção imposta, e o poder que necessariamente encerra, isto é, o poder de suspender o privilegio da ordem quando em casos de rebellião ou invasão a segurança publica o exija e tão sómente.

De modo que, quando a ordem de *habeas-corpus* é concedida antes da proclamação do Presidente determinando sua suspensão e as informações do respondente á ordem foram prestadas antes do facto da proclamação ser conhecida, e talvez antes de sua concessão, todo o beneficio, sob tal ordem, é negada depois da proclamação conhecida. Está claro que a ordem foi permittida, o privilegio della, porém, foi negado.

A suspensão do privilegio da ordem não póde suspender a propria ordem. A ordem caminha como materia de processo e a côrte decide pelas informações, se á parte que recorre deve ser negado o direito de ir mais longe com ella.

Uma prisão injustamente, comtudo, não póde ser legalizada pela suspensão do privilegio da ordem. A suspensão do privilegio da ordem sómente priva o individuo, injustamente preso, dos meios de procurar sua liberdade, não isenta o responsavel de uma prisão illegal dos prejuizos em acção civil por tal prisão.

Quanto ao poder de suspender o privilegio é questão que foi debatida nos Estados Unidos e que levantou-se, em 1861, no Estado de Maryland, discutido na côrte de circuito daquelle Estado, perante Taney, juiz presidente.

Disse elle: “que o caso era simples. Um official militar residente na Pensylvania proceaeu a prisão de um cidadão de Maryland sob vagas e não definidas culpas,

sem outra prova que a propria ordem; sua casa foi cercada á noite, elle agarrado como um prisioneiro e levado para o forte *Mac Henry* e ahi conservado em prisão fechada; e quando uma ordem de *habeas-corpus* foi levada ao official commandante para que apresentasse o preso, perante um Juiz da Suprema Côrte, afim de que pudesse examinar a legalidade da prisão, a resposta do official foi que autorizado, pelo Presidente, a suspender a ordem de *habeas-corpus*, a sua descripção, e no exercicio della suspendia neste caso, e com taes fundamentos recusava obedecer a ordem.”

A questão foi, então, considerada, si o Presidente tinha o poder de suspender o privilegio da ordem, e sua Honra, decidiu que “dentro da Constituição dos Estados Unidos, sómente o Congresso possuia aquelle poder.”

Depois disto e sem qualquer outro acto do Congresso sobre o assumpto, o Presidente Lincoln, publicou uma proclamação, em que atreveu-se a suspender a ordem “a respeito de todas as pessoas detidas ou que o fossem antes ou depois, emquanto durasse a rebelião, em algum forte, ou outro lugar, por autoridade militar, ou por deliberação de agente marcial ou commissão militar.”

Em Dezembro de 1862 a Côrte Suprema de Wisconsin ordenou ao general Elliott, commandante do departamento do Norte, levar perante ella Nicoláo Kemp. O paciente tinha sido preso por estar presente a um tumulto no porto de Washington, em Wisconsin.

As informações em resposta ao *habeas-corpus* foram que Kemp estava na prisão por ordem do Presidente dos Estados Unidos e que o Presidente tinha, a 24 de Setembro de 1862, suspendido a ordem de *habeas-corpus* para as pessoas conservadas em prisão como si prisioneiros fossem.

Eis outra vez levantada a questão do poder do Presidente em suspender a ordem, e a côrte decidiu que não tinha poder; que o poder de suspender a ordem, dentro da Constituição pertencia ao poder legislativo e delle era investido o Congresso.

A segurança publica durante a grande rebelião não duvidou exigir que fosse suspensa a ordem.

O privilegio desta grande ordem nunca tinha sido antes embaraçado ao cidadão; e como as exigencias do

tempo pediam immediata acção, era da mais alta importancia que a legalidade da suspensão, fosse completamente estabelecida. Foi debaixo dessas circumstancias, o direito no meio da rebelião, facto que prendia a attenção do paiz inteiro que, no Congosso, passou a lei de 3 de Março de 1863, autorisando o Presidente a suspender a ordem, durante a rebelião, em toda a parte do Estados Unidos.

A suspensão por essa lei foi ordenada pelo Presidente a 15 de Setembro de 1863.

Um dos effeitos dessa proclamação foi levantar-se a objecção que a lei do Congresso em lugar de suspender a ordem, attentou contra a Constituição, conferindo ao Presidente poder para fazel-o, sendo isso nullo, por ser uma delegação do poder legislativo ao executivo.

Este ponto parece ter ficado indiciso, em subsequentes decisões a respeito da suspensão da ordem, com excepção da que vimos. Foi directamente apresentada perante a Côrte Suprema do Wisconsin.

Depois de ficar estabelecido que, não ha questões, talvez, que apresentadas á consideração judicial contenhão mais reaes difficuldades ou deixem lugar a duvidas, do que as que envolvem os limites entre o poder legislativo que não póde ser delegado e os poderes discricionarios que o legislativo póde conferir a outro poder ou entidade na execução das leis, o Juiz Paine, disse, pela Côrte:

“Tenho finalmente chegado á conclusão de que, não obstante, essa lei declarar conferir ao Presidente a autoridade de suspender o privilegio da ordem, todas as vezes que a seu juizo a segurança o exija, durante a presente rebelião, em resumo é isso a manifestação do julgamento legislativo, de que o tempo, em que a segurança publica exige que o legislativo providencie sobre a suspensão, e elle providencia pela suspensão, não em absoluto, mas tomando em consideração, a juizo do Presidente” si a autoridade conferida deve ser exercida em casos particulares ou não... A propria lei suspende o direito nos casos em que o Presidente, no exercicio do discricionario conferido, escolher fazel-o.”

Esta objecção não foi respondida em consideração

ao effeito da proclamação no caso Fagan ou no caso Milligan, discutidos pela Suprema Côrte dos Estados Unidos.

No ultimo dos casos a Côrte parece que procedeu sob a presumpção de que o Presidente fôra investido por aquella lei do poder de suspender o privilegio da ordem.

O privilegio da ordem foi reputado suspenso, por essa proclamação e acto do Congresso, como em relação aos menores que tinham sido illegalmente alistados sem o consentimento de seus pais. A linguagem desta lei foi tambem considerada sufficientemente clara para incluir o caso de um recruta, como si fosse um preso, no sentido technico, accusado de offensas crimes.

A suspensão do privilegio da ordem durou sómente enquanto existiu a rebellião.

Quando ella cessou, o direito do Presidente tambem cessou e as côrtes empenharam-se em dar aos cidadãos seus direitos segundo esse privilegio.

A Constituição do Imperio, antigo regimen, no art. 179, § 35 determinava: Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigo, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria e indispensavel, suspendendo-a immediatamente desde que cesse a necessidade urgente que a motivou; devendo n'um e outro caso remetter a Assembléa logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões e de outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer autoridades que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos que tiverem praticado a este respeito.

A Constituição do Imperio allemão de 16 de Abril de 1871 estabelece no art. 68: O Imperador póde, si a segurança publica estiver ameaçada nos limites do territorio da Confederação, declarar uma parte deste territorio em estado de sitio. Até que uma lei do Imperio

regularmente firme os casos, publicidade e os efeitos e uma semelhante declaração, as prescrições da lei prussiana de 4 de Junho de 1851 serão applicaveis. (Vide F. Daresti, as Constituições Modernas.)

A Constituição da Prussia, de 31 de Janeiro de 1850, art. 111 estabelece: Em caso de guerra e de insurreição, se houver perigo imminente para a segurança publica, a applicação dos arts. 5º (relativo à detenção preventiva); 6º (relativo à inviolabilidade do domicilio); 7º (que prohibe os tribunaes de excepção e as commissões extraordinarias); 27 e 28 (allusivos á imprensa); 29 e 30 (visando o direito de reunião e associação), e 36 (opposto ao emprego da força militar na execução das leis, sem requisição da autoridade civil) da Constituição póde ser momentaneamente suspensa nas localidades em que esta medida parecer necessaria. Uma lei regulará as condições dessa suspensão. (Esta lei é a já citada de 4 de Junho de 1851. (Vide Daresti, obra citada.)

Lei Constitucional austriaca de 21 de Dezembro de 1867, art. 20 estatue: Uma lei especial estabelecerá o direito que póde pertencer ao governo, sob sua responsabilidade, de suspender temporariamente e em certos lugares os direitos mencionados nos arts. 8º (liberdade individual); 9º (inviolabilidade do domicilio); 10 (sigillo epistolar); 12 (direito de reunião e associação) e 13 (liberdade da palavra e imprensa.)

A lei de 5 de Maio de 1869, que em doze artigos executou essa disposição, intitula-se: lei que determina a medida pela qual o Poder Executivo responsavel é autorizado a decretar uma suspensão temporaria ou local das leis existentes. (Daresti, obra citada.)

A Constituição hespanhola de 30 de Junho de 1876, art. 17 dispõe: As garantias indicadas nos arts. 4º, 5º, 6º e 9º (segurança individual e de domicilio) e §§ 1º, 2º e 3º do art. 13 (liberdade de pensamento, reunião e associação) não poderão ser suspensas em toda a extensão da Monarchia, ou em parte do territorio, senão temporariamente e em virtude de lei, quando a
do

Estado e circunstancias extraordinarias exijam. Si as côrtes não estiverem reunidas, e si o caso é grave e urgente, o governo poderá, sob sua responsabilidade, decretar a suspensão das garantias de que é objecto o paragrapho precedente, com o encargo de submeter sua decisão ás côrtes o mais depressa possivel.

Em caso algum, poderão ser suspensas outras garantias que as indicadas no § 1º deste artigo. Os funcionarios de ordem civil ou militar não poderão estabelecer outras penalidades senão as determinadas nas leis.

A lei de 26 de Julho de 1883 regula a policia da imprensa; a de 15 de Junho de 1880 o direito de reunião e a de 30 de Junho de 1887 o direito de associação. (Daresti, obra citada.)

A Carta Constitucional Portugueza de 29 de Abril de 1826 dispõe no art. 145, § 34:

Em caso de insurreição ou invasão inimiga, si a segurança do Estado exigir a suspensão, por tempo determinado, de algumas das formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-ha providenciar por acto especial do Poder Legislativo. Todavia, si as Côrtes não estiverem então reunidas e si a patria correr perigo imminente, o governo poderá tomar essa mesma precaução como medida provisoria e indispensavel, com o encargo de suspendel-a desde que cesse a necessidade urgente que a tiver motivado; deverá em todos os casos, enviar ás Côrtes desde que se reunam, relatorio motivado sobre as prisões e outras quaesquer medidas preventivas que tenham ordenado; e todas as autoridades que receberem ordem de executal-as serão responsaveis pelos abusos commettidos. (Daresti, obra citada.)

Em relação aos paizes americanos veja-se Alcorta, garantias constitucionaes, que com proficiencia desenvolve toda a materia.

O Conselheiro Ruy Barbosa em seu manuscripto “Os actos inconstitucionaes” tambem é sobre o assumpto manancial proveitoso de ensinamentos.

Deixamos para o final do nosso estudo de legislação comparada a França como o paiz melhor organizado sobre essa questão.

Ouçamos E. Pierre, tratado de direito politico.

As antigas leis não previam a fôrma da declaração do estado de sitio. O decreto de 1791 faz resultar o estado de sitio do cerco de uma praça pelo inimigo; estabelece, porém, que o estado de guerra das praças e portos militares será determinado por um decreto do Corpo Legislativo, sob proposta do Rei; e acrescenta: “No caso em que o Corpo Legislativo, não esteja reunido, o Rei poderá, por si, proclamar taes praças e postos em estado de guerra, sob a responsabilidade dos ministros; reunido o Corpo Legislativo, deliberará sobre a proclamação do Rei, para fortalecel-a ou invalidal-a.”

Não se tratava senão dos casos de perigo externo; os de perigo interior foram previstos pela Constituição de 14 de Setembro de 1791 que dispunha: “Si perturbações agitarem um departamento, o Rei dará, sob a responsabilidade de seus ministros, as ordens necessárias para execução das leis e restabelecimento da ordem, sob o encargo de tudo informar ao Corpo Legislativo, quando reunido e a convocar-o, si estiver em ferias.”

A lei do 16º fructidor, anno V, confirma essa disposição: “O Directorio Executivo não poderá declarar em estado de guerra as communes do interior da Republica senão depois de autorizado pelo Corpo Legislativo. As communes do interior estarão sob o estado de sitio logo que, por effeito do cerco por tropas inimigas ou rebeldes, as communicações de dentro para fôra e de fôra para dentro se interceptarem a distancia de 3.502 metros dos fôssos ou muralhas; neste caso o Directorio Executivo dará sciencia ao Corpo Legislativo.”

A Constituição do anno VII conservou aos cidadãos a garantia que lhes asseguravam as leis anteriores; estabelece. “No caso de revolta a mão armada, ou perturbações que ameacem a segurança do Estado, a lei pôde suspender, nos lugares e por tempo que ella determinar o império da Constituição. Esta suspensão pôde ser provisoriamente declarada, nos mesmos casos, por um decreto do governo, o Corpo Legislativo estando em ferias, será convocado no mais curto termo por disposição do mesmo decreto.”

O art. 55 do senatus-consultus de 16 thermidor, anno X (4 de Agosto 1802) parece ter querido tranferir para o Senado o direito de estabelecer o estado de sitio,

porque dispõe: “O Senado declarará, quando as circunstancias o exigirem, os departamentos fóra da Constituição.”

Sob o primeiro Imperio, o art. 52 de decreto de 24 de Dezembro de 1811 estabelecia que o Imperador podia declarar o estado de guerra de uma praça, quando as circunstancias o obrigassem a dar mais força e acção á politica militar, sem que necessario fosse estabelecer o estado de sitio. O art. 53 do mesmo decreto attribuia ao Imperador o direito de declarar o estado de sitio.

A carta de 1814 não fallava em estado de sitio. O acto adicional de 22 de Abril de 1815 regulou da maneira seguinte o processo relativo á declaração do estado de sitio: “Nenhuma praça, parte alguma do territorio, poderá ser declarada em estado de sitio senão no caso de invasão de força estrangeira, ou perturbações civis. No primeiro caso, a declaração será feita por acto do governo. No segundo não poderá sel-o senão por lei. Todavia, si, dado o caso, as Camaras não estiverem reunidas, o acto do governo declarando o estado de sitio deve ser convertido em uma proposta de lei nos primeiros 15 dias da reunião do Congresso.

O art. 106 da Constituição de 4 de Novembro de 1848 reservava a uma lei o cuidado de determinar os casos em que o estado de sitio podia ser declarado e de regular a fôrma e os effeitos dessa medida. Em execução deste artigo, o Poder Legislativo estabeleceu a lei de 9 de Agosto de 1849, cujas disposições foram substituídas em parte pela lei de 3 de Abril de 1878, e em parte em vigor nomeadamente o que diz respeito aos effeitos do estado de sitio, poderes dos governadores das colonias e commandantes das praças de guerra.

O art. 12 da Constituição de 14 de Janeiro de 1854 revogou uma parte das disposições da lei de 1849, estabelecendo que o Imperador teria o direito de declarar o estado de sitio em algum ou alguns departamentos, salvo tudo communicando no mais breve termo ao Senado.

A ultima assembléa nacional sendo soberana, o direito de declarar o estado de sitio foi restituído ao Poder Legislativo; por uma lei de 28 de Abril de 1871, a Assembléa delegou esse seu direito, sómente por tres mezes, ao Chefe do Poder Executivo.

As leis constitucionaes de 1875 tendo se descuidado de regular a questão do estado do sitio, difficuldades graves surgiram nos dois primeiros annos em relação ao ponto de saber-se si as Camaras conservavam direitos iguaes aos da Assembléa Nacional.

Em 1877, M. Bardoux apresentou uma proposta que se tornou a lei de 3 de Abril de 1878 e que fez cessar todo o erro de interpretação.

O art. 1º desta lei mantem ao Poder Legislativo, em toda a sua integridade, o direito de declarar o estado de sitio. Elle é assim concebido: “O estado de sitio não póde ser declarado senão no caso de perigo imminente, resultanto de guerra estrangeira ou insurreição a mão armada. Só por lei póde ser declarado o estado de sitio, designando ella as communes, arrondissements ou departamentos a que se applica. Fixará o tempo de sua duração. Expirado esse tempo, o estado de sitio cessará de pleno direito, a menos que uma outra lei não prorogue seus effeitos.”

O art. 2º da lei de 3 de Abril de 1878 estatue que em casos de adiamento das Camaras, o Presidente da Republica póde declarar o estado de sitio, sob consulta do Conselho dos ministros; logo, porém, que as Camaras se reunam de pleno direito dois dias depois. O legislador exprime-se “se reunam” e não “sejam convocadas”, afim de affastar toda a interpretação falsa.

Resulta do texto que a reunião terá lugar pelo mesmo modo que é seguido para abertura da sessão ordinaria das Camaras; a Assembléa será convocada por seu Presidente e a reunião terá lugar de pleno direito, sem decreto do Presidente da Republica.

Em caso de dissolução o art. 3º da lei de 3 de Abril de 1878 prevê com a disposição: “Em caso de dissolução da Camara dos Deputados e até que se completem os trabalhos eleitoraes, o estado de sitio não poderá, mesmo provisoriamente, ser declarado pelo Presidente da Republica.

Todavia, si se der guerra estrangeira, o Presidente, sob consulta do Conselho de ministros, poderá declarar o estado de sitio no territorio ameaçado pelo inimigo, sob a condição de convocar os collegios eleitoraes e reunir as Camaras no mais breve termo possivel.”



As condições de levantamento do estado de sitio são determinadas pelo art. 5º da lei de 1878.

Quando o estado de sitio tiver sido declarado por uma lei, cessa no dia fixado pela lei. Quando declarado por decreto do Presidente da Republica na ausencia das Camaras, estas, desde que reunidas, manterão ou levantarão o estado de sitio; no caso de desaccôrdo entre ellas, o estado de sitio está levantado *ipso facto*.

Resultou das declarações feitas, a 5 de Fevereiro de 1878, pelo relator da Camara dos Deputados, M Franck Chauseau, que o primeiro dever das Camaras, uma vez reunidas, é pronunciar-se sobre a continuação ou não do estado de sitio; “não devem as Camaras esperar pela iniciativa do governo; antes de qualquer proposta, de qualquer debate, devem *ex-officio* analysal-o e pronunciar-se sobre elle sem demora.” O relator accrescentára: “O Senado e a Camara do Deputados têm nessa questão um direito igual, e do mesmo modo que o accôrdo das duas Assembléas é necessario para estabelecer o estado de sitio, assim tambem o assentimento de ambos é indispensavel para sua sustentação.”

As consequencias da declaração do estado de sitio são determinadas pelos arts. 7º a 11 da lei de 9 de Agosto de 1849. Eis os textos :

“Art. 7º. Logo que seja declarado o estado de sitio, os poderes de que o Poder Civil é revestido para a sustentação da ordem e policia passam inteiros á autoridade militar. A autoridade civil continúa todavia a exercer os poderes que a autoridade militar não assumiu.

Art. 8º. Os tribunaes militares podem tomar conhecimento dos crimes e delictos contra a segurança da Republica, contra a Constituição, contra a ordem e paz publicas, qualquer que seja a qualidade dos autores principaes e cúmplices.

Art. 9º. A autoridade militar tem o direito: 1º, de fazer pesquisas de dia ou á noite no domicilio do cidadão; 2º, fazer sahir os condemnados e os individuos; que não têm domicilio nos lugares submettidos ao estado de sitio; 3º, de regular a remessa das armas e munições e a proceder a busca e recolhimento dellas; 4º, de prohibir as publicações e reuniões que julgar de natureza a excitar ou a entreter as desordens.

Art. 10. Nos lugares declarados no art. 5º (praças de guerra o postos militares) os effeitos do estado de sitio, continuarão, além disso, em casos de guerra estrangeira, a ser regulados pelas disposições da lei de 10 de Julho de 1891 e do decreto de 24 de Dezembro de 1811.

Art. 11. Os cidadãos continuam, não obstante o estado de sitio, a exercer os direitos garantidos pela Constituição cujo gozo não tivesse sido suspenso em virtude dos artigos precedentes.

Convém appozimar destas disposições os arts. 191 e 204 do decreto de 4 de Outubro de 1891, que se referem ao serviço de policia no estado de sitio:

“O governador delega nos magistrados a parte de poderes da autoridade civil que julgar conveniente. Em caso de bloqueio ou cerco, exercer sua acção em todo o territorio bloqueado ou cercado. Proclamando o estado de sitio, faz saber que todos os delictos serão julgados pelos tribunaes militares, quaesquer que sejam as qualidades dos indiciados.”

O estado de guerra é distincto do estado de sitio, applica-se ás praças e resulta da declaração, na praça, a ordem de mobilisação. Não despe a autoridade civil dos poderes, restringe, porém, seu funcionamento. “O serviço e a policia, diz o art. 178 do decreto de 4 de Outubro de 1891, estão sujeitos ás mesmas regras geraes como no estado de paz; todavia a autoridade civil não póde dar ordem de policia sem se ter entendido com o governador, nem negar cumprimento ás deliberações que elle julgar necessarias para segurança da praça.”

O art. 181 do mesmo decreto accrescenta que desde que o estado de guerra existe, o governador se entende com a autoridade para fazer exercer sobre os estrangeiros rigorosa vigilancia.

c) Quando a prisão fôr militar nos casos de jurisdição restricta e quando o constrangimento ou ameaça fôr exercida contra individuos da mesma classe ou de classe differente, mas sujeito ao regimen militar.

A Constituição de 24 de Fevereiro no art. 77 se exprime: “Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delictos militares.”

O decreto 848 de 1890 que creou a justiça federal no art. 15, § 3º, letra *b* e art. 65, § 3º do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, de 8 de Agosto de 1891, com força de lei pelo art. 85 da lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, expressamente fundamentam esta limitação.

Esta disposição que analysamos, deve ser compreendida dentro dos termos em que foi redigida, sem que nessa “jurisdição restricta” ou “sujeição ao regimen militar”, se vejam limitações aos demais principios constitucionaes que com esses pretextos se possam apadrinhar.

Já era esse o pensar do antigo regimen e hoje consagrado sobre jurisprudencia do Supremo Tribunal.

O art. 13, § 16 da lei n. 221 determina que suas disposições em nada alteram o direito vigente quanto ao *habeas-corpus* (letra *a.*)

Vejamos o que a esse respeito determinava o processo anterior.

Ouçamos o Sr. Pimenta Bueno: “A lei de 3 de Dezembro, art. 69, § 7º *in-fine* e regulamento n. 120, art. 438, § 8º declaravam que são competentes para conceder *habeas-corpus* os juizes superiores ao que decretou a prisão. Esta disposição que alguns impugnam em vez de censuravel, parece-nos muito fundada porquanto mantém-se assim, não só o principio salutar da gradação judiciaria, mas porque sendo uma attribuição e prerogativa de alta importancia, convém que seja exercida por autoridades que ministrem garantias efficazes e exerçam sobre o acto da autoridade recorrida illustrada inspecção. Por virtude, de nossas leis são, pois competentes, relativamente, os juizes de direito, relações e supremo tribunal de justiça.

Entretanto, como o regulamento 120 marcou a gradação sómente na ordem judiciaria e nada mais innovou, prevalece o principio que nos casos de prisão illegal feita por autoridade administrativa, civil ou militar, qualquer daquelles tres tribunaes de justiça têm jurisdição para expedir a ordem de que se trata, tanto mais porque não ha comparação de graduação entre autoridades de diversas classes e ramos distinctos do poder publico.”

O art. 18 da lei 2033 de 20 de Setembro de 1871 veio confirmar esta theoria estabelecendo a expedição da ordem a favor dos que estiverem illegalmente presos, “ainda quando o fossem por determinação do chefe de policia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito e armada.”

Ainda no Imperio illustra essa disposição o accordão da relação do Pará de 7 de Março de 1874 que confirmou uma ordem de *habeas-corpus* requerida a favor de um recruta, por decisão do juiz de direito de Belém o conselheiro João Florentino Meira de Vasconcellos, que decidiu: “que o recruta só póde ser alistado como praça depois de esgotado o praso legal, que deve ser-lhe concedido para provar isenção; e si antes de jurar bandeira requereu e lhe foi concedida a ordem de *habeas-corpus*, póde ser solto em virtude della, mesmo já estando com praça. Sobre este caso foi ouvido o Conselho de Estado que pronunciou-se de harmonia.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido:

O accordão n. 832 de 23 de Novembro de 1895: “Constitue constrangimento illegal e é caso de *habeas-corpus*, o facto de ser irregularmente alistado um menor em uma escola de aprendizes marinheiros.”

O accordão n. 884 de 15 de Julho de 1896:

E’ illegal a prisão a que estão sujeitos os pacientes, que assentarem praça no exercito como si fossem voluntarios, quando realmente não o são. Em falta de prova suppriria a confissão, si houvesse. Nem podiam tomar por si sós o compromisso alguns dos pacientes visto serem menores de 21 annos. O alistamento para o serviço do exercito, como foi feito, é um recrutamento forçado attentatorio da Constituição e não impede o recurso de *habeas-corpus*.

A justiça federal tem assim entendido, mas o Poder Executivo tem-se negado a cumprir ordens da mesma em hypotheses desta limitação.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido:

O accordão de 9 de Fevereiro de 1895: “Aos officiaes reformados do exercito não se concede ordem de *habeas-corpus*, quando sujeitos a processo militar.”

O accordão n. 812 de 14 de Agosto de 1896: “Os

officiaes reformados são militares, e como taes sujeitos á jurisdição militar. Não ha prisão ou constrangimento illegal quando o crime que lhes é attribuido é militar.”

O accordão n. 817 de 26 de Agosto de 1895: “Não é caso de *habeas-corpus* a prisão que soffre um marinheiro nacional, que está respondendo a conselho competente para conhecer da culpabilidade de quem tem demorado a conclusão do respectivo processo.”

Quando tratamos do *habeas-corpus ex-officio* vimos a disposição na Republica Argentina que abrange tambem a prisão militar.

Vejamos na Inglaterra a jurisprudencia em relação a esta restricção á ordem de *habeas-corpus*.

Quanto ao soldado é um cidadão como outro qualquer em tempo de paz, lançará mão da ordem quando a prisão, violencia ou coacção fôr illegal.

Na terra da liberdade, ensina Blackstone, é extremamente perigoso fazer da profissão das armas uma classe á parte. Nas monarchias absolutas, isso é necessario para a segurança do principe; é uma consequencia do principio fundamental da sua Constituição, que consiste governar pelo temor. Nos Estados livres, porém, a profissão do soldado, considerada isolada e puramente como uma profissão, provoca a suspeita e com razão. O homem não deve pegar em armas senão com o fim de defender seu paiz e as leis que o governam: elle não cessa de ser cidadão, quando está sob as bandeiras, visto como é porque elle é cidadão e quer continuar a ser, que se fez soldado por certo tempo.

Tambem nossas leis e Constituição não conhecem a profissão de soldado conservado em serviço sem interrupção, creado exclusivamente para a profissão da guerra.

Quando, porém, continúa elle, entrar em actividade de serviço, estão sujeitos ao rigor das leis militares, como necessidade para contel-os na ordem.

Quando a Nação está empenhada em uma guerra, se reconhece a necessidade de ter tropas mais aguerridas e disciplinadas, mais regularmente que pareça sel-o uma simples milicia. Usam-se, pois, em taes circumstancias, de meios mais rigorosos para o levantamento de exercitos e para a disciplina das tropas e regulamentos respectivos; meios que são considerados sómente como

remédios temporários, exigidos pela doença do Estado e não fazendo parte das leis permanentes e perpetuas do Reino. Porque o código militar, si não é fundado sobre princípios fixos, si é inteiramente arbitrário em suas decisões, não tem verdadeira e realmente, o carácter de lei, é antes tolerado do que reconhecido sob esse carácter: só a necessidade da ordem e da disciplina em um exercito pôde sómente autorisar e é por essa razão que não deve estar em vigor nos tempos de paz, em que as Côrtes reaes estão abertas a todos para fazer justiça de harmonia com as leis do paiz.

Quanto ao modo de ter o soldado de marinha e marinheiros, existe o poder de recrutar-os a força (*to presse.*)

Esse poder está estabelecido como um acto legitimo, de modo que nenhuma Côrte admite duvidas sobre este ponto.

Segundo lord Mansfield “o poder de recrutar os marinheiros é fundado em uso immemorial, reconhecido desde seculos. Si assim é, não pôde subsistir, ou ser reclamado nem justificado, senão por motivo de segurança do Estado. Esse uso é uma deducção da conhecida maxima da lei constitucional da Inglaterra, que vale a pena soffrer um mal particular, do que comprometter os interesses publicos. Si, porém, esse poder é admittido legalmente, pôde-se, exercendo-o, não abusar d'elle como em muitos outros.”

Na causa que discutia Mansfield, o queixoso obtivera um *habeas-corpus*, sob o fundamento que tinha direito a uma isenção; os juizes, porém, decidiram que ella não estava estabelecida e foi elle reenviado ao navio de onde tinha desembarcado.

Lord Kenyon declarou, em caso semelhante, que o direito ao recrutamento forçado de marinheiros, funda-se na *common law* e se estende a todos aquelles que são marinheiros de profissão.

Não se pôde, pois, reclamar uma isenção, a menos que não seja apoiada em disposições formaos dos estatutos.”

Fóra disso, não conhecem a restricção por nós acceita.

Derioujinsk, sabio russo, em uma das monographias mais completas, das consagradas ao *habeas-corpus*, traçando um paralelo rigoroso entre o desenvolvimento das

garantias da liberdade individual entre as duas grandes nações civilizadas que a Mancha separa, cita o seguinte exemplo:

“Em 1889, um certo Thomson foi preso pelo capitão Woodworth por erro, sob a denuncia de ter desertado do exercito inglez. Os amigos de Thomson obtiveram logo a seu favor uma ordem de *habeas-corpus*, e o juiz, tendo-o relaxado, dirigiu suas pesquisas contra o capitão Woodworth. O capitão, por isso, não julgou conveniente vir á requisição do juiz e o almirantado o fez representar por um advogado.

O juiz pediu a principio á defesa que lhe mostrasse o texto original da ordem que Woodworth tinha recebido, como exigia a lei; o advogado, porém, não possuindo senão uma copia dessa ordem não se pôde conformar com o pedido do juiz. Então seguiu-se a seguinte discussão, bem característica:

O Presidente Mathew: Pedimos para vêr a ordem que vos foi remetida.

O Juiz Mamisty: Faltaes a obediencia às ordens da Côrte. Deveis apresentar o original da ordem com a vossa resposta. Dizeis que não tendes esta ordem e que nenhuma resposta tendes a dar. Insultaes dessa maneira a Côrte.

O Advogado do Almirantado: Eu não tenho a ordem original.

O Juiz: Nós não podemos acceitar uma resposta absurda.

O Advogado: Lastimo ouvir Vossa Graça expremir-se nestes termos.

O Presidente Mathew: Devo dizer approvo os termos empregados pelo Juiz. E’ com effeito absurdo da parte de um advogado não conhecer todas as prescripções do *habeas-corpus*.

O Advogado: Eu possuo a ordem do Almirantado.

O Presidente: Deveis, pois, dizer ao Almirantado, que vos enviou, que vos negaes a vir aqui expôr affirmações illegaes.

O Juiz Mamisty: Nós vamos ordenar a prisão do capitão Woodworth. Não lhe é permittido privar quem quer que seja de sua liberdade e nos é indifferente que

seja por ordem do Almirantado ou do ministro do Interior que o capitão tenha assim agido.

O Presidente Mathew: Estou inteiramente de accôrdo. O capitão Woodworth esqueceu completamente o principio fundamental de nossa instituição, *que a lei está acima de tudo*, e que não é possível justificação alguma invocando-se uma ordem de poder superior, seja o mais elevado do Reino.

O capitão Woodworth foi preso e quando seu processo appareceu perante os Juizes, o Presidente lhe lembrou que a ordem de *habeas-corpus* era a *arca santa da lei ingleza* e que por ter infringido essa ordem, elle o condemnava a uma multa de 500 libras sterlingas.

O capitão, em sua defesa, allegou que nunca teve intenção de desobedecer ao Tribunal.

“Estamos disso convencidos, lhe respondeu o Presidente, sem o que serias condemnado á prisão.”

Quando em nosso paiz teremos um facto igual!

Nunca !!!

Uma questão se prende a esta limitação á ordem de *habeas-corpus* já tendo tido applicação em nosso paiz e no estrangeiro.

Quando houver conflicto de competencias entre a militar e a civil, qual dellas deve prevalecer?

Em 1892 tivemos o caso do Senador Almirante Wandenkolk, ficando firmado o principio, pelo autor de um substitutivo ao parecer de commissões reunidas, approved a 28 de Agosto desse anno, o Senador Ruy Barbosa: “que paisano ou militar, o membro do Congresso responde sempre no fôro civil.”

Em 1899 o Supremo Tribunal Militar por accordão de 13 Julho, no processo contra o deputado pelo Estado do Amazonas João de Albuquerque Serejo, reconheceu em processo militar, a preferencia do mandato que elle exercia, e annullou-o.

Em 1815 em França vemos o caso de Miguel Ney, marechal de França (vide Larousse), Accusado de alta traição pelo governo de Luiz XVIII, a 11 de Novembro de 1815, a Camara dos pares recebeu uma communicação do governo, por intermedio do duque de Richelieu, presidente do Conselho, que expoz que o Conselho de guerra

nomeado para julgar o marechal Ney declarou-se incompetente. E pela ordem do Rei, lida pelo procurador geral e seu commissario Bellart, foi a Camara dos pares constituída em Tribunal de Justiça.

O marechal Ney teve por advogados Berryer e Dupin. Aquelle allegou a suspensão de qualquer procedimento até que fosse votada um lei geral que determinasse o processo a seguir-se. Foi rejeitada essa excepção. A 6 de Dezembro o procurador geral pediu a applicação da pena capital. A 7 de Dezembro foi fuzilado o Marechal Ney. (Vide E. Pierre, obra já citada.)

Em 1867, da Italia, conhecemos o caso do conde Carlos Persano, almirante e tambem Senador. Tendo perdido a batalha de Lissa a 27 de Junho de 1866, que surprehendeu a expectativa do governo e do povo italiano, elevou-se a indignação a ponto do Rei ser forçado a mandar abrir um inquerito, que o almirante já tinha requerido. Como era Senador, não foi a Conselho de guerra, mas o Senado devia pronunciar sua decisão. Em fins de Janeiro de 1867 o Senado fez conhecer o resultado da instrucção preliminar. A accusação por cobardia foi rejeitada por fraca maioria, porém as de desobediencia, incapacidade e negligencia foram admittidas, a primeira por uma maioria de 83 votos contra 15. Os debates começaram a 1 de Abril e duraram 14 dias. A 15 de Abril o Senado pronunciou-se por immensa maioria; a pena a que condemnou o accusado, por negligencia, incapacidade e desobediencia, foi destituição, perda da patente e ao pagamento das custas do processo.

Ainda uma outra questão se póde levantar em relação á guarda nacional, si está ella incluída nas expressões desta limitação ao *habeas-corpus*.

Do antigo regimen conhecemos o aviso n. 185 de 15 de Maio de 1875 que estabeleceu que: “aos guardas nacionaes aproveita o recurso de *habeas-corpus*, salvo si a prisão fôr por sentença do conselho de disciplina, ou si estiverem em serviço de corpos destacados.”

No novo regimen a guarda nacional não tendo sido considerada força nacional e sim milicia dos Estados, sómente no caso de mobilisação pelo poder competente, gosará da restricção que ora ventilamos.

Tratando desta restricção á ordem do *habeas-corpus*

é preciso salientar a attribuição do Supremo Tribunal Federal em materia de revisão que abrange os processos militares na fórmula do § 3º do art. 81 da Constituição da Republica.

O art. 74 da lei 221 de 1894 organisou o assumpto.

No antigo regimen não eram susceptiveis do recurso de revista as sentenças proferidas no fôro militar *ex-vi* da lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 90 que nesta parte reformou o Codigo do Processo Criminal.

Em relação á competencia militar, ainda nós vemos em Church, § 382:

“A mesma Constituição e Poder Legislativo que conferiu a jurisdição civil ao judiciario nacional, tambem, o fez a côrtes marciaes a respeito dos crimes militares e de marinha. Cada uma dellas é soberana emquanto age dentro da esphera de sua exclusiva jurisdição.”

“A côrte marcial, diz Cushing, *attorney geral*, é um tribunal legal, existindo com a mesma autoridade que qualquer outro, e a lei militar, é um ramo da lei tão valida como ella mesma e sómente differe da lei commum em que sua jurisdição applica-se aos officiaes e soldados do exercito, e não aos outros membros do corpo politico, o que ainda está limitado pelas violações do dever militar.

As côrtes militares são tribunaes especiaes com jurisdição limitada a uma classe especial de casos.

Si uma côrte excede sua autoridade e entende processar e punir alguem que não está sujeito a sua jurisdição por crime não comprehendido em sua competencia, seu julgamento é nullo, e pôde assim ser declarado tal por qualquer côrte que tenha jurisdição quanto á pessoa e materia. Uma tal decisão do tribunal em caso claro, fóra de sua competencia, não possui validade apparente que proteja o official que a execute.

Esta attribuição é derivada da faculdade conferida ás Côrtes de geral jurisdição.

d) Nas prisões administrativas dos alcançados na Fazenda Publica, salvo si a petição do impetrante vier instruida com documento de quitação ou deposito do alcance verificado.

Esta limitação é constitucional *ex-vi* do art. 83 que

conserva em vigor, as lei do antigo regimen, não revogadas ou não contrarias aos principios nella consagrados.

Tal era o que se via no antigo direito.

O final da disposição que parece ser restricção aos grandes principios expostos deve ser entendido como nos casos communs, isto é, póde-se conceder a ordem para examinar o assumpto, a concessão final de soltura é que não póde ser feita senão de harmonia com o final da disposição.

As leis que posteriores á Constituição desenvolveram esta materia são:

O art. 14 da lei 221 que determina: “é mantida a jurisdição da autoridade administrativa (Dec. n. 657 de 5 de Dezembro de 1848) para ordenar a prisão de todo e qualquer responsavel pelos dinheiros e valores pertencentes á Fazenda Federal ou que, por qualquer titulo, se acharem sob a guarda da mesma, nos casos de alcance ou de remissão ou omissão em fazer as entradas nos devidos prazos, salvo si a petição do impetrante vier instruida com documento de quitação ou deposito do alcance verificado.”

O art. 2º do decreto n. 657 de 5 de Dezembro de 1848 determina: “que os competentes podem e devem ordenar a prisão dos que forem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros a seu cargo nos prazos que pelas leis e regulamentos lhe estiverem marcados.”

São competentes para ordenar a prisão de que trata este artigo, na fôrma da 2ª parte do art. 14 da citada lei n. 221: “no Districto Federal o Ministro e Secretario dos negocios da Fazenda, e nos Estados, os inspectores das alfandegas e os chefes ou directores das delegacias fiscaes relativamente aos individuos que funcționarem ou se acharem no referido Estado.”

Posteriormente á lei n. 221 o Poder Legislativo reorganizou o Tribunal de Contas e estabeleceu no decreto n. 392 de 8 de Outubro de 1896:

Art. 3º. O Tribunal exercita a sua jurisdição contenciosa:

N. 3º. Ordenando a prisão dos responsaveis, com alcance julgado em sentença definitiva do Tribunal, ou intimados para dizerem sobre o alcance verificado em

processo corrente de tomadas de contas, que procurarem ausentar-se furtivamente, ou abandonarem o emprego, a comissão ou o serviço de que se acharem encarregados ou houverem tomado por empreitada. O tempo de duração da prisão administrativa não poderá exceder de tres mezes, findo o qual, serão os documentos que houverem servido de base á decretação da medida coerciva, remetidos ao procurador geral da Republica para instaurar o processo por crime de peculato; nos termos do art. 14 da lei n. 221.

A competencia conferida ao Tribunal por esta disposição em sua primeira parte não prejudica a do Governo e seus agentes, na fórmula da 2ª parte do art. 14 da lei n. 221 para ordenar immediatamente a detenção do responsavel alcançado, até que o Tribunal delibere sobre a dita prisão sempre que assim o exija a segurança da Fazenda Nacional.”

O regulamento sob o dec. n. 2409 de 23 de Dezembro de 1896 á esta lei confirma estas disposições no art. 71, § 3º e suas letras *a* e *b*.

Só as entidades até aqui mencionadas são competentes para decretar a prisão administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, por accordão n. 917 de 24 de Outubro de 1896 deixou transparecer que a prisão administrativa por ordem e despacho do Pretor contra o curador de ausentes, por desfalque, de que é responsavel a Fazenda Nacional, não era legal e sómente os indicados por nós até aqui, e não concedeu soltura por haver denuncia ou crime sufficientemente provado inafiançavel; si bem que o mesmo Tribunal por accordão n. 903 de 12 de Setembro de 1896, sobre o mesmo assumpto, do mesmo paciente, tivesse opinado em sentido contrario, apesar de não relaxar o paciente.

No regimen antigo o que existia era não só a lei de 1849 citada como:

Depois do decreto de 1849 appareceram as ordens do Thesouro de 29 de Dezembro de 1851 e 128 de 28 de Março de 1856 que vedavam o *habeas-corpus* nas prisões administrativas.

O art. 18 da lei 2033 de 1871 reformou essa doutrina quando permittiu a expedição da ordem aos ille-

galmente presos, ainda quando o fossem por determinação “de qualquer outra autoridade administrativa.”

Apezar da disposição citada, refere o Sr. Oliveira Machado, “uma ordem do Thesouro de 8 de Agosto de 1878 declarou o Supremo Tribunal de Justiça incompetente para conhecer do *habeas-corpus*. Semelhante interpretação, toda despotica contra o manifesto intuito da lei, não prevaleceu pela formal e soberana desobediencia daquelle Collendo Tribunal.”

O Supremo Tribunal decidiu :

O accordão n. 796 de 1 de Julho de 1896: “Não se considera constrangimento illegal a prisão de um responsavel por dinheiros publicos, não dando prova de que não está alcançado para com a Fazenda Nacional.”

O accordão n. 818 de 21 de Agosto de 1895: “Não ha constrangimento illegal na prisão preventiva de um responsavel por dinheiros publicos embora não esteja ainda verificado o *quantum* do alcance pelo qual responde.

Na republica Argentina não encontramos esta limitação porque o art. 623 já citado do codigo de procedimentos criminaes permite o *habeas-corpus* usando das expressões “ao inferior administrativo”, quando trata do *ex-officio*, cujo texto o reproduziremos.

Na America do Norte, em relação ás materias deste artigo, vemos, além da suspensão do privilegio do *habeas-corpus*, as restricções á ordem de que nos dá noticia Church, § 69, sob o titulo de limitações ou favores da ordem.

A Suprema Côrte e côrtes de circuito e de districto e muitos juizes dellas em suas respectivas jurisdicções, têm o poder de expedir ordem de *habeas-corpus* com o fim de inquerir do motivo de coacção á liberdade, não se expedindo, porém, quando a parte esteja presa em carcere (*in jail*) e sómente em prisão (*in custody*.)

Como limitação do *Judiciary Act* de 1789, esse poder não se estendia aos casos de prisão depois de condemnação, por sentença de tribunaes competentes; e sómente a presos em carcere, sómente em prisão por ordem de alguma côrte dos Estados Unidos, ou para ser processado perante alguma dellas, ou fosse exigido para ser levado a alguma côrte a afim de depôr.

Essa limitação, porém, tem gradualmente desappa-

recido e os favores da ordem se estendido, primeiro em 1833, a presos por qualquer autoridade, local ou nacional, por acto praticado ou por omissão em execução de lei dos Estados Unidos, ou outra qualquer ordem, processo, ou decisão de juiz ou côrte dos Estados Unidos; depois em 1842, a presos, cidadãos de Estados diferentes, em prisão de autoridade nacional ou local, por actos praticados ou por omissões por ou sob as ordens de autoridade diferente e por allegado valido pelas leis das Nações e finalmente em 1867, a todos os casos em que alguém se julgue coacto em sua liberdade em violação da Constituição ou de algum tratado ou lei dos Estados Unidos.

Esta breve exposição demonstra como o geral e genuino espirito de nossas constituições tende ao alargamento e a extensão da jurisdição do *habeas-corpus* pelas côrtes e juizes dos Estados Unidos.

ART. 12

O habeas-corpus póde ser pedido:

a) para si ou para outrem.

O impetrante da ordem de *habeas-corpus* póde ser o paciente, ou não sel-o.

A razão está na propria natureza do recurso juridico, si attendermos aos dois factos que o caracterizam.

No primeiro caso é um direito inconcusso de quem soffre a violencia ou coacção.

Póde o paciente, porém, ter um direito inquestionavel para empregar o *habeas-corpus* o acontecer que circumstancias não o permittam fazel-o.

Eis o segundo caso. Póde estar tão coacto que se ache collocado na posição impossivel de tentar escapar á violencia sem deixar de soffrel-a.

E' nisso que está a importancia do recurso preventivo.

Como corollario natural o Juiz ou Tribunal que conhecer do recurso deve dispensar o comparecimento do paciente quando haja imminencia de perigo.

Desse modo vemos assim julgando o Supremo Tribunal Federal por accordão n. 75 de 2 de Setembro de

1891 que estabeleceu que: “havendo justa causa de ausencia, não é necessario o comparecimento.”

Esta disposição é do art. 340 do Código do Processo Criminal que usa das palavras: “elle ou outrem.”

O Dec. 848 no art. 45 menciona as mesmas expressões “que entende que elle ou outrem” e no final do mesmo artigo “em seu favor ou de outrem.”

A razão dessa garantia a quem quer que seja para impetrar por outrem o recurso de *habeas-corpus* está, diz Blackstone, em que: “é uma injuria que se perpreta pela prisão não fundada, e para a qual a lei não sómente estabeleceu uma pena, como por ser um crime publico de uma especie odiosa, é mais ainda concedida á parte lesada uma reparação particular; por um lado, ordenando seu relaxamento, pelo outro, reservando-lhe a acção civil contra o autor da injuria, afim de obter indemnisação em razão da perda de tempo e de sua liberdade.”

Church nos ensina que “afim de esmorecer qualquer indebita offensa á liberdade pessoal foi estabelecido pelas Côrtes da União Americana, que o emprego da ordem não precisa proceder directamente do paciente.”

Pela pratica ingleza como pela americana no caso do impetrante não ser o paciente, exige-se, como absolutamente necessaria, uma declaração jurada (*affidavit*, preterito do verbo *affido*, ensina Blackstone, isto é, sob um juramento voluntario, prestado perante algum Juiz ou official da Côrte, para firmar a verdade dos factos allegados.)

Essa declaração deve ser feita pela parte que impetra a ordem, de modo a convencer á Côrte que está tão coacto o paciente, que torna-se incapaz de fazel-o. Não sendo assim a ordem não deve ser expedida (Parker e outros.)

Quando um pae desejou vêr um filho, preso em carcere e lhe foi negado accesso até elle, pelo carcereiro, em petição do pae á Côrte, foi-lhe concedido um processo *nisi* por *habeas-corpus* para ver o preso (V. Thompson.)

A Côrte, sob declaração jurada, exhibida perante ella em que se insinuava *causa provavel* para se dar credito que: uma infeliz e ignorante estrangeira, levada

do Cabo da Boa Esperança para a Inglaterra, era ahi exposta nua, por dinheiro, contra sua vontade, por aquelles em cuja companhia tinha seguido, concedeu um processo a seus defensores para demonstrar motivo, porque de outro modo a ordem não seria expedida a seu favor.

A Côrte ordenou um inquerito perante o *coroner* e o *attorney* da Côrte, na presença das proprias pessoas que recorreram á ordem como daquellas contra as quaes foi a ordem expedida. (Hottentot Venus)

Blackstone, mencionando as offensas ou crimes contra as pessoas dos subditos do rei, attentados contra a sua liberdade natural, ainda se exprime: “além da satisfação particular que attribue ao individuo, a acção intentada no civil, quer a lei ainda uma vingança publica, pela infracção á paz do Rei, pela offensa feita ao Estado pela razão da detenção de um de seus membros e pela violação da boa ordem da sociedade.

E não é duvidoso que, o ministerio publico póde, em nome do Rei, denunciar e fazer submeter ao exame de um jury, toda especie de crimes de uma natureza publica, tudo que perturba a paz, todo o acto de apprehensão e todo e qualquer delicto de um máo exemplo evidente.”

Ahi está a origem da faculdade concedida aos órgãos do Ministerio Publico para requererem o *habeas-corpus*.

A mulher póde promover a ordem a favor de seu marido. (Cobbett v. Hudson e outros)

A irmã de uma rapariga orphã menor de 14 annos pode recorrer ao *habeas-corpus* para remover a orphã do asylo em que se lhe negou accesso para vel-a. (ex-causa Daby)

Em processo provocado por *habeas-corpus* a respeito de um alienado detido em um asylo inglez por attestados medicos de Irish, a côrte concedeu-o sob caução, por não haver declaração jurada que mostrasse que o promotor do recurso estivesse devidamente autorizado pelo louco. (vid. ex-causa Child)

Na Republica Argentina quer no Codigo de procedimentos criminaes da Capital, art. 622 que estabelece: “A petição de *habeas-corpus* póde ser deduzida pela mesma pessoa detida ou por outra em seu nome”, quer no art. 20 da lei sobre jurisdicção e competencia da Justiça Nacional de 25 de Agosto de 1863 que estatue:

“quando um individuo se ache detido ou preso” e na segunda parte “ou qualquer outro individuo” usando dessas expressões, concluindo “poderão a requerimento do preso, ou de seus parentes ou amigos, etc”; vemos que o uso da ordem é facultativo, na mesma latitude; como entre nós, pôde ser requerido pelo paciente ou alguém por elle.

Uma outra questão se prende aos termos da que ora analysamos.

A mulher brasileira ou estrangeira, nos termos da disposição, pôde pleitear uma ordem de *habeas-corpus* ?

A nosso ver a mulher, pouco importando a nacionalidade, condição, estado e idade, pôde sómente pleitear uma ordem de *habeas-corpus* para si, seus direitos e seu marido, nas mesmas condições em que outr’ora se achava collocado o estrangeiro em nosso paiz.

Não o pôde, pois, fazer em relação a terceiro, na elasticidade da concessão a todos, nem mesmo como corollario de titulo scientifico, que tenha adquirido, hoje permittido a esse sexo.

Seria mais uma vez anarchisar este paiz fundado no § 24 do art. 72 da Constituição da Republica.

“O Estado não pôde senão respeitar a liberdade humana, diz Bluntschli, direito publico geral, não tem em que se fazer tutor. Entretanto a questão não pertence unicamente ao direito privado, quando essa actividade se torna uma profissão publica.”

Nem o monopolio entre o patrono e o cliente da antiga Roma nem a licença que hoje se quer conceder.

As nossas leis organicas ainda não cogitaram da especie, de modo que perduram as antigas e as do direito subsidiario.

Em Roma (1), nunca foi interdicto ás mulheres pleitear em juizo em sua propria causa. Entretanto uma lei de Numa, si acreditarmos em Plutarcho, prohibia ás mulheres fallar na ausencia de seus maridos, mesmo de cousas as mais necessarias.

Uma mulher tendo ousado pleitear em um processo que lhe era pessoal, a cidade ficou admirada dessa no-

(1) V. Grellet —Dumazeau, o fôro romano.

vidade, a ponto do Senado mandar consultar o oráculo de Apolo, a saber o preságio que nisso se podia ver.

A historia conserva a lembrança de Amesia Sentia, dama romana que se defendeu de accusação a si dirigida no consulado de Cn. Octavio e de C. Scribonius Curio. Sua defeza foi notavel pelo methodo, clareza e energia: foi absolvida por quasi unanimidade.

Como escondia um coração de homem nos traços de mulher, foi denominada *Androgyna*.

Tambem a historia nos dá noticia de Caia Afrania, mulher do Senador Buccio, que adquiriu detestavel reputação por sua paixão pela chicana.

Em qualquer processo pleiteava ella sua causa, perante o pretor, com grande escandalo publico e tanta injustiça havia em suas pretensões como impudencia em sua linguagem.

Valerio Maximo, nos faz conhecer a época de sua morte e accrescenta: “que seria melhor consignar na historia a data do desaparecimento de semelhante monstro antes do que a de seu nascimento.”

Parece que Afrania não se limitava a seus processos pessoas, porque deu lugar a uma disposição do edicto, pelo qual o pretor prohibiu ás mulheres pedir por outrem:

“Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem, alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta est á C. Afrania, improbissima femina, quæ inverecunde postulans et magistratura inquietans, causam dedit edicto.

Esta prohibição do edicto passou para as Pandectas. Ulpiano. *Dig. De postul*, fr., § 5º.

Cinco annos depois da morte de Afrania, Hortensia, filha do celebre advogado Q. Hortensius apresentou-se diante dos triumviros para fallar a favor das damas romanas que tinham sido attingidas por um imposto muito oneroso. Seu discurso, digno do nome que trazia, obteve um successo brilhante e o imposto foi consideravelmente reduzido.

Não resulta desse facto que a prohibição do edicto não lhe attingisse, porque Hortensia fallava provavel-

mente em seu proprio interesse e demais a causa não tinha os caracteristicos de um litigio ordinario.

Juvenal assegura que em seu tempo, no reinado de Domiciano, as mulheres inspiravam os processos, compunham memoriaes para os advogados e se inscreviam como accusadores; era, porém, de notar-se que ellas não pleiteavam em pessoa.

Letourneau, em seu livro, evolução juridica, fundado em Cucheval, tribunaes athenienses, nos ensina; “Sólon quiz que na Justiça todo o cidadão se defendesse pessoalmente nas causas publicas, porém, o povo designava um orador para sustentar a accusação. Apesar da interdicção de Sólon, as partes acabaram por se fazer substituir por pessoas que exerciam a função ou profissão de advogado. O que pleiteava dizia a principio algumas palavras, pedindo depois ao Tribunal a autorisação de deixar fallar em seu lugar um amigo officioso. Emfim as mulheres, as crianças, os enfermos, etc., não podiam pleitear pessoalmente.

Acabou-se afinal creando-se escriptorios de *dicographia* ou *logographia*, onde se preparavam as orações para as que pleiteavam perante a côrte de eloquencia. Demosthenes estreitou como *logographo*.”

b) Por cidadão brasileiro ou estrangeiro.

No dominio do art. 340 do Codigo do processo o emprego do *habeas-corpus* constituia um privilegio para o brasileiro.

Mais tarde o § 8º do art. 18 da lei 2033 de 20 de Setembro de 1871, veio estender os beneficios da ordem até o estrangeiro como impetrante, mas ainda sómente em seu favor, estatuinto: “não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas-corpus*, nos casos em que esta tem lugar.”

O Dec. 848 adoptou o mesmo pensar no art. 45 se exprimindo: “o cidadão ou estrangeiro”, eliminando aquella restricção.”

A Constituição da Republica no art. 72: “assegurou a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a

inviolabilidade dos direitos, etc., não distinguindo nacionalidades.” (1)

(1) A instituição de uma justiça especial para os estrangeiros atribuem muitos escriptores aos Romanos assim como outros a combatem.

Dão como origem a criação em Roma do *prætor peregrinus* para fazer Justiça aos estrangeiros.

Elle foi estabelecido, como ensina Pomponius, liv. 2º, § 28, *De origine juris*, porque, a multidão dos peregrinos tornando-se grande em Roma, o *prætor urbanus* não era sufficiente para fazer justiça.

Segundo Pomponius, o nome de *prætor peregrinus* foi dado, porque distribuia elle, o mais das vezes, justiça entre os peregrinos.

A difficuldade está em saber-se o que se deve entender por peregrinos.

A palavra peregrino tem dois sentidos, como estabeleceu Mylius, em uma dissertação latina intitulada: *de pœtore peregrino*. Significa tanto os que os Romanos antes chamavam *hostes*, *barbaros*; como significa especialmente todo o individuo que, cidadão da Republica, não era entretanto cidadão Romano.

Muitos textos das Institutas de Gaio e dos fragmentos de Ulpiano e um texto de Ulpiano, no Digesto, *De in jus vocando*. liv. 10, § 6º, estabelecem este ultimo sentido.

E' assim que no mesmo sentido Cicero, *De oratore*, liv. 38. contrapõe á qualidade de cidadão a de peregrino como a qualidade de homem livre á de escravo: *denique civis aut peregrinus, servus aut liber*.

E' igualmente neste sentido, que, em seu dialogo *De oratoribus*, cap. 7º, na palavra *advenæ*. Tacito, emprega a expressão *peregrini*, quando diz elle, a proposito da fama que se liga aos oradores: “*Advenæ quoque peregrini jam in municipiis et coloniis suis auditos, quum primum urbem attigerunt, requirunt, ac vultus agnoscere concupiscunt.*”

Quanto aos peregrinos outr'ora *hostes*, *barbari*, os estrangeiros, em uma palavra, é provavel que, quando se achassem elles em Roma, se lhes distribuisse justiça peraote o *prætor peregrinus*.

Eis o que ensina *Le Sellyer*, tratado de criminalidade e penalidade.

Ortolan, historia do Direito Romano, não attribue ao *pretor peregrinus* jurisdição que não seja a respeito dos estrangeiros, quer em suas relações entre si, quer em suas relações com os Romanos.

Demangeat, curso elementar de Direito Romano, onde diz: “especialmente encarregado de prover os processos entre dois estrangeiros ou entre um cidadão Romano e um estrangeiro.”

Pastoret, leis penaes, se exprime da maneira seguinte:

“Os Romanos e Athenienses tiveram magistrados particulares para os estrangeiros, o pretor e o polemenco; o primeiro cujas

Conforme já expuzemos na letra anterior a legislação argentina não distingue entre nacional ou estrangeiro, conferindo a ambos o direito de solicitar a ordem.

Nos Estados Unidos conhecemos um julgamento onde Jervis, *chief-justice*, argumentou em *habeas-corpus* em que o impetrante não era o paciente e não havia declaração jurada, que: “um simples estrangeiro não tem direito de chegar à Côrte e pedir que a parte que não fez declaração jurada e que não está em condições não só de coacto como de incapaz de fazel-a, possa ser levada perante ella por *habeas-corpus*, afim de livrar-se do constrangimento. Pelo que se vê o capitão Child póde muito bem contentar-se em permanecer onde está. (Ex-causa Child.)

O addendo XIV secção I, á Constituição dos Estados Unidos, de 1868, determinou: “Quem quer que seja, nascido ou naturalizado nos Estados Unidos e sujeito á sua jurisdição, tem a qualidade de cidadão dos Estados

funções eram menos nobres que as do *pretor urbanus*, tinha ao mesmo tempo, a jurisdição civil e a criminal. Reunia algumas vezes as duas magistraturas.”

Em França, os estrangeiros não naturalizados, quando partes em juízo, eram obrigados a dar uma caução.

Os estrangeiros não foram sempre submettidos, em França, a jurisdição ordinaria. Quando as perturbações causadas pelos mouros, a ella levaram muitos hespanhoes, deixou-se-lhes em parte suas antigas leis, e, para as leis penaes em particular, eram regidos pelas leis francesas e submettidos a jurisdição do conde para o rapto, assassinato e incendio.

Em Portugal havia os juizes chamados Conservadores para os estrangeiros de nações alliadas, em virtude de tratados.

Esses juizes eram privativos sómente para as causas relativas á mercancia. Por abuso se estendeu essa jurisdição a toda qualidade de causas até mesmo as crimes. Foi abolida em 1843, restabelecida para os inglezes em 1847 e acabou em 1849.

Fallando Blackstone, sobre as recusas aos jurados, apresenta-nos um caso especial a respeito do estrangeiro, segundo o estatuto de Henrique VIII, cap. 10. “Porque, no crime, é tão necessario como no civil: que o sherife ou o official que fórma a lista dos jurados seja totalmente sem interesse na causa; que quando a accusação seja contra um estrangeiro, os jurados sejam tomados de *medietate*, ou por metade entre os estrangeiros, si se achar numero sufficiente delles no lugar, (o que entretanto não é admittido, nem no caso de traição, porque, os estrangeiros não são juizes competentes sobre as infracções á fidelidade devida ao soberano, nem no caso de ciganos.)

Unidos e do Estado em que residir. Nenhum Estado não fará nem applicará lei que restrinja os privilegios ou immunidades dos cidadãos dos Estados-Unidos; nenhum Estado privará a ninguem da vida, liberdade e bens sem um processo segundo a lei (*due process of law*), nem negará a quem quer que seja, na esphera de sua jurisdicção, a igual protecção das leis.”

c) Pessoalmente ou em nome collectivo.

Si o *habeas-corpus* é sómente applicavel ás violencias corporeas claro está que sómente é um remedio pessoal.

Não se póde aprisionar uma corporação, porque é um ser ideal, que não se póde prender ou fazer parar; pela mesma razão, não póde ser posta fóra da protecção da lei, porque essa condemnação suppõe sempre o direito de arrestaço ao qual a parte se subtrahe ás pesquisas; eis o que uma corporação não póde fazer: é por esses motivos que contra ellas se procede sempre pela apprehensão dos moveis e immoveis para obrigar a comparecer por seu representante em processo qualquer. (Blackstone.)

Si, porém, se estende a toda e qualquer violencia, muitos são os casos em que, o representante da corporação, ou pessoa juridica, póde lançar mão d'elle.

Assim os §§ 3º, 5º, 8º, 11 e 12 do art. 72 da Constituição podem servir de causa provavel como fundamento de *habeas-corpus* desde que haja violencia ou coacção em contrario ás suas disposições.

Do mesmo modo o povo eleitoral póde ser sujeito a uma violencia ou ameaça della que tambem será base para o recurso.

Quereis mas um exemplo ?

Blackstone, descrevendo o crime de entrada em casa alheia se exprime: “assim tambem, a casa de uma corporação, habitada em commodos separados, por membros ou officiaes da corporação, é a casa de habitação desta corporação e não dos seus officiaes tomados separadamente.”

d) Mesmo em tempo de ferias.

Desde o decreto de 30 de Novembro de 1853 que determina que podem ser tratados durante as ferias e

não se suspendem pela superveniencia dellas os processos de *habeas-corpus*, que essa disposição tem sido seguida. (1)

(1) Os dias feriados e as férias foram entre nós reguladas a principio sob a inspiração das leis inglezas e ultimamente das romanas.

A primeira lei que tivemos no Imperio, a de 9 de Setembro de 1826, declarava de festividade nacional os dias seguintes: 6 de Janeiro, 25 de Março, 3 de Abril, 7 de Setembro e 12 de Outubro e ordenava que cessasse o despacho dos Tribunaes e se fizessem todas as demonstrações publicas proprias de semelhantes festividades.

Em opposição a esta lei, disse o insigne homem de Estado, Bernardo Pereira de Vasconcellos: “Quer-se multiplicar os dias de festividade nacional: si por qualquer motivo plausivel se fizerem festividades, então de mais nada se cuida; bastam os dias de festa da Igreja. Quanto á cessação de despachos nesses dias, creio que não se pôde festejar um acto nacional de modo mais brilhante que dando sentenças justas e concorrendo para o augmento e prosperidade da Nação.”

Inserimos essas palavras como um espelho ao que existe hoje no Districto e na justiça Federal.

Veu depois a lei de 3 de Julho de 1851 que autorisou o Executivo a legislar sobre feriados e férias.

O decreto n. 1.285 de 30 de Novembro de 1853 em obediencia a essa lei determinou no art. 1º: “As férias do Natal começam no dia 21 de Dezembro até o ultimo de Janeiro; as da Semana Santa, de quarta-feira de Trevas até se completarem 15 dias, e as do Espirito Santo, desde o Domingo do Espirito Santo até o da Trindade.”

No art. 2º a respeito dos feriados estatuiu: “Serão tambem feriados nos Juizos de primeira e segunda instancia e Supremo Tribunal de Justiça, os dias 25 de Março, 7 de Setembro, 2 de Novembro e 2 de Dezembro, assim como em cada Provincia os dias de festividade que forem anniversarios da adhesão da mesma Provincia á Independencia Nacional.”

Veu a Republica e o governo provisorio pelo decreto n. 67 de 18 de Dezembro de 1889 determinou: “Attendendo: a que o regimen republicano, em que se constituiu a Nação, é essencialmente de trabalho e actividade: ao que representa em geral o fôro, perturbado em suas funcções por férias excessivamente dilatadas e repetidas: Resolve reduzir de 40 a 17 dias as férias do Natal, que começarão a 21 de Dezembro e terminarão a 7 de Janeiro; reduzir igualmente de 15 a 8 dias as férias da Semana Santa, que correrão de Domingo de Ramos até o Domingo da Ressurreição e supprimir as férias do Espirito Santo; Considerando, entretanto, que devem ser tidas, como de festa nacional, as gloriosas datas de 13 de Maio e 15 de Novembro, resolve mais, que serão ellas feriadas no fôro.”

A 14 de Janeiro de 1890 o mesmo governo provisorio, pelo decreto n. 155 B, destruiu o que tinha feito a dias, estabele-

Já o art. 81 do dec. 5.618 de 2 de Maio de 1874, regulamento das Relações determinava: “A petição de ordem de *habeas-corpus*, dirigida á Relação, será apresentada, em qualquer dia, ao Presidente do Tribunal.”

Quando assim não fosse diante das palavras determinativas do art. 65 do regimento do Supremo Tribunal Federal que estabelece que “as petições de *habeas-corpus*, serão apresentadas em qualquer dia” parece que não se póde duvidar de nossa asserção.

Em legislação comparada nós vemos.

Sob a mais antiga *common law* a ordem podia ser obtida dentro do termo sómente da côrte do banco do Rei, (o que foi uma das reparações que a lei do *habeas-corpus* teve em vista remediar) e em férias por uma ordem do Presidente (Chief-Justice) ou de qualquer dos outros juizes (da Côrte); si bem que parecesse que sempre podesse ser affecta á côrte de Chancellaria que estava sempre aberta. (Kerr's Bla. Com. 124 e outros.)

Si era expedida em ferias, era uso a ordem ser informada perante o proprio juiz que a concedia e proseguia nella, a menos que o prazo sobreviesse, quando tivesse de ser informada perante á côrte. (Kerr's Bla. Com. 124.)

O juiz podia tambem conceder uma ordem informavel immediatamente perante elle em camara. (Leornard Watson's Case e outros.)

Pelo estatuto do anno XVI de Carlos II. cap. 10, foi decidido que todo o subdito do Reino estava habilitado

cendo: “São considerados dias de festa nacional, 1 de Janeiro, 21 de Abril, 3 e 13 de Maio, 14 de Julho, 7 de Setembro, 12 de Outubro, 2 e 15 de Novembro.”

A tradição não foi respeitada! A cartilha positivista sim!

Foi mais declarado dia de festa nacional o dia 24 de Fevereiro por decreto n. 3 de 28 de Fevereiro de 1894.

Com a Federação e organização dos Estados ficou pertencendo á legislação adjectiva a materia de férias perdurando os feriados.

No Districto e na Jutiça Federal depois de diversas tentativas para longas ferias foi sancionado o acto do Poder Legislativo, lei n. 546 de 24 de Dezembro de 1898, digno contemporaneo dos tempos de Augusto e tão fetichista como no tempo dos pagãos.

Por essa lei além dos feriados, são respeitados os dias de festa publica, isto é, os dias santos, que são innumerados, e as férias vão de 1 de Fevereiro até 31 de Março!!!

ao benefício da ordem pela *common law* perante qualquer das côrtes, do banco do Rei ou *common pleas*, como quizesse. (Kerr's Bla. Com. 124.)

Annos depois, pelo estatuto LVI de Jorge III, cap. C, secção 2^a podia ser expedida pela côrte do *Exchequer*.

“Lords Coke, Hale e Comyns, jurisconsultos nesta materia, parece, limitavam á Chancellaria, que estava sempre aberta, a *officina Justycæ*, o poder de expedir o *habeas-corpus* em tempo de férias. Tremaine's *Pleas of the Crown*, contém quatro precedentes de ordens na exacta fôrma exposta mais cedo que o *bill* 31 de Carlos e um tão cedo como no 43 de Izabel.

Wilmont, em sua resposta á casa dos lords, refere-se a outros casos anteriores á lei do *habeas-corpus* e observa que os grandes homens que fizeram essa lei não teriam deixado essa omissão tão palpavel sem remedio. Em 1758 elle e os outros juizes consultados pela casa dos lords affirmaram esse poder. (Leonard Watson's Case.)

A ordem de *habeas-corpus ad subjiciendum* que era sómente em assumpto crime, não era regularmente expedida, nem informada, excepto perante á Chancellaria em ferias, sómente em prazo marcado, no banco do Rei; pelo estatuto XXXI de Carlos II, porém, tal ordem era expedida em ferias a favor de qualquer, excepto nos casos que elle refere.

Por esse estatuto, qualquer dos juizes em férias e qualquer dos de Côrte em prazo marcado, estava autorizado a conceder a ordem, debaixo de devida causa, sendo ella conhecida.

Por uma das previsões dessa lei, porém, o preso que tivesse por dois prazos inteiros, depois de sua prisão voluntariamente deixado de pedir o *habeas-corpus*, estava impedido de obtel-o em férias e devia esperar o prazo seguinte.

O estatuto 56 de Jorge III, cap. 100, simplificou o procedimento desta ordem muito mais. Ficou estabelecido que o juiz de qualquer das côrtes conhecia da ordem em férias, informavel immediatamente perante elle ou qualquer outro juiz da mesma côrte, desde que apparecesse, por declaração jurada, ou informação, que havia causa provavel ou rasoavel. A desobediencia premeditada á ordem, determinava desobediencia á côrte e o juiz

perante quem era informada, podia obrigar o transgressor, a comparecer á côrte, no seguinte prazo, para responder pela desobediencia, ou, no caso de negar-se a dar caução podia leval-o á prisão.

Uma ordem concedida fôra do tempo, em férias, podia ser informada no prazo marcado e concedida em prazo marcado, podia ser informada perante o juiz, em férias: a lei da Suprema Côrte de Justiça, em 1873, secção 26, aboliu os prazos.

Não é sem cabimento darmos a origem dos prazos na Inglaterra e ao mesmo tempo a origem das férias.

M. Selden, ensina Blackstone, suppõe que os termos e as férias foram uma instituição de Guilherme — o Conquistador.

Henrique Spelman, porém, clara e sabiamente demonstrou que foram elles estabelecidos por grãos segundo as constituições canonicas da Igreja; não passando, pois as férias, de tempos permittidos no anno, em que não se occupava os dias de grandes festas ou de abstinencia, nos quaes ninguem era chamado ao trabalho e desviado dos serviços do campo.

Nos primeiros tempos, o anno todo inteiro era, em todos os Estados da christandade, um termo continuo, para a instrucção e decisão dos processos. E a razão estava em que os magistrados christãos, para não se assemelharem aos pagãos, cuja superstição observava escrupulosamente o que chamavam *dias fasti et nesfasti*, se entregavam ao excesso contrario e administravam justiça todos os dias indistinctamente.

A Igreja emfim se interpoz; certos tempos consagrados foram isentos, por esta intervenção, da profanação e do tumulto dos debates do fôro; em particular o tempo do Advento (espaço de quatro domingos que precedem ao Natal) e o tempo do Natal, o que dava lugar ás férias do inverno: o tempo da Quaresma (de quarta-feira de Carnaval até a Paschoa) e o tempo da Paschoa, que eram as férias da primavera; o tempo da Pentecoste, que faziam as terceiras férias e as longas férias entre o solsticio do verão e S. Miguel, que foram concedidas para os trabalhos de côrte e colheita.

Todos os domingos e mais festas particulares, como

os dias da Purificação, da Ascensão e ainda alguns outros, foram compreendidos na primeira excepção.

Tal foi a regra estabelecida, em 517, por um canon da Igreja, com a sanção de Theodosio — o moço, por uma constituição imperial que faz parte do Código Theodosio.

Depois, quando se chegou a regularisar as instituições legais tendo em atenção essas proibições canonicas se fixou o começo e duração dos termos para as sessões das côrtes de justiça.

Leis de Eduardo — o confessor, ordenaram que do Advento á Oitava da Epiphania, da Septuagessima á Oitava da Paschoa, da Ascensão á Oitava da Penitencia e de tres horas da tarde de cada sabbado até a segunda-feira pela manhã, a paz de Deus e da Santa Igreja seriam guardadas em todo o Reino.

O respeito por esses tempos sagrados chegou ao excesso, a ponto de um periodo de férias abranger os mezes de Agosto e Setembro, tanto que Britton, diz expressamente que, no reinado de Eduardo I, nenhum tribunal secular podia abrir sessão, ninguem podia prestar juramento sobre os Evangelhos, nos tempos do Advento, da Quaresma, da Pentecoste, das colheitas, nem nos dias das grandes litánias e festas sollemnes. Accrescentando que, todavia, os bispos faziam dispensas, para que se podessem reunir as *assises* e jury, em alguns desses santos tempos. E pouco depois, uma dispensa geral foi estabelecida, para certas causas.

As porções de tempo que não estavam comprehendidas nesses dias de proibições, se dividiam naturalmente em quatro divisões, e, porque alguns dias de festas precediam immediatamente a seu começo, chamavam os termos: o de Santo Hilario (que começava sempre a 23 de Janeiro e acabava a 12 de Fevereiro, a menos que um desses dois dias não cahisse em domingo, porque então o termo começava ou acabava no dia seguinte; o da Paschoa (que começava sempre na quarta-feira a 15 dias depois do domingo de Paschoa e acabava na segunda-feira da terceira semana, isto é, a segunda-feira da Ascensão); o da Santa Trindade (que começava sempre na sexta-feira depois do domingo da Trindade e acabava na quarta-feira

a 15 dias depois da sexta-feira) e o de S. Miguel (que começava sempre a 6 de Novembro e acabava a 28 do mesmo mez, a menos que um desses dois dias não cahisse em domingo, porque então começava e acabava no dia seguinte.)

Foram depois esses termos abreviados por diversos estatutos, em particular o da Trindade e o de S. Miguel.

Nestes termos ainda uma circumstancia havia a notar.

Nelles havia dias chamados *in bank*, os de comparecimento á côrte do Banco commum. (*Plaids-common*)

Erão elles, em geral, distinctos entre si de cerca de uma semana, dependendo de alguma das festas da Igreja.

Toda ordem original devia voltar para um desses dias *in bank* e por essa razão eram chamados geralmente as voltas do termo.

Tendo alguns dias de volta sido fixados para o domingo, a côrte não se reunia senão na segunda-feira para as receber.

Assim tambem nenhum processo podia ter inicio ou julgamento se dar, ou se suppôr realizado, em domingo.

O primeiro dia do termo que era o primeiro da volta, era o chamado das excusas, por não ter podido comparecer a parte, segundo toda ordem original.

A cada dia da volta do termo, a pessoa citada tinha tres dias de graça, além do indicado pela ordem, para se apresentar, de modo que bastava que comparecesse no quarto dia inclusive, *quarto dies-post*.

E a razão desse costume estava em que nossos antepassados, pouco dispostos a se dobrarem, diz o citado autor, olhavam como acima da condição de um homem livre comparecer, ou praticar qualquer acto, precisamente em tempo prescripto.

Tambem a lei feudal concedia tres dias distinctos da citação para que o réo fosse julgado revel por não ter comparecido, mantendo a esse respeito o costume dos Germanos, segundo Tacito: *illud ex liberate vitium, quod non simul nec jussi conveniuni; sed et alter et tertius dies cunctatiane coentium absumitur*. Semelhante indulgencia se notava na constituição dos Godos.

Em consequencia, a côrte não se reunia ordinariamente, no começo de cada termo, para expedir os negocios, senão no quarto dia de comparecimento e no quinto,

ao termo da Trindade, cahindo o quarto no dia da festa do Santissimo Sacramento, dia solemne para o clero Romano.(1)

(1) Entre os Romanos, diz Grellet-Dumazeau, obra citada, dias havia, em que era prohibido distribuir justiça e dedicar-se aos pleitos.

Esses dias eram chamados *nefastos*, porque, nelles não era permittido ao pretor pronunciar (*fari*) as tres palavras sacramentaes que resumiam a autoridade judiciária desse magistrado: *do, dico, addico*.

Ille nefastus erit per quem tria verba silentur, diz Ovidio.

Os dias *fastos*, em opposição a elles, eram os em que a Justiça tinha seu curso livre.

Fastus erit per quem lege licebat agi, diz Ovidio.

Dies in quibus jus fatur, Suetonio.

Os dias de festa publica (*festi*) eram *nefastos*; os dias marcados por presagio funesto (*religiosi*) também o eram, dahi, segundo Aulu-Gelle, veio o habito viciado de se tornar a palavra nefasto em máo sentido.

Essa accepção da palavra nefasto, porém, já existia no tempo de Cicero: *quoe augur injusta, nefasta, vitiosa*. De leg. II.

O primeiro dia do anno, ainda que feriado, não era entretanto nefasto.

E a razão nos dá Ovidio, temia-se que o anno começando sob os auspícios da preguiça, se escoasse todo inteiro na ociosidade.

Esta tradição conservou-se até o reinado de Alexandre Severo; os tribunaes. porém, faziam feriado o dia 31 de Dezembro.

Certos dias que eram em parte nefastos e em parte fastos, eram chamados *intercisi*.

Todos os processos eram suspensos durante a immolação da victima, não o eram entre a immolação e o offerecimento, sendo de novo suspensos até á consagração inclusive.

Levantaram-se entre os jurisconsultos, longos debates sobre a questão de saber-se si os dias de feira, *nundinae*, (*nundina, arum*, de *novem* e *dies*, feira, mercado, que havia em Roma todos os nove dias) eram fastos ou nefastos.

A difficuldade foi resolvida pela lei Hortensia, que os declarou fastos, afim dos habitantes do campo que vinham á Roma ao mercado, gozassem dessa occasião occupando-se com os seus processos.

Os dias fastos se dividiam entra si em diversas cathogorias em relação ao inicio de certos processos, com exclusão de outros.

Os dias *comperendini* eram consagrados ás citações, *vadimonies*; os *stati* as instancias entre cidadãos e peregrinos; os *praeliales* ás reivindicações (dias em que era permittido pela religião combater.)

Os dias feriados (*festi*) eram numerosissimos em Roma, fornecendo excellentes meios dilatorios á parte litigante que tinha interesse em retardar a solução de seu processo, quer espe-

ART. 13

A petição para a ordem de *habeas-corpus* deve designar:

Esta disposição funda-se na primeira parte do art. 46 do Dec. 848, exactamente as mesmas palavras da também primeira parte do art. 341 do código do processo.

Este é o primeiro meio para a consecução da ordem,

rasse obter uma modificação no pessoal do tribunal, “por incompatibilidade superveniente a algum dos juizes, quer quizesse chegar até expirar a magistratura do pretor.

Algumas vezes a duração dos jogos publicos com a rapidez com se succediam, traziam a suspensão do curso da justiça durante mezes inteiros.

No anno de Roma, 675, a lei Lutatia permittiu a instrucção e julgamento dos processos *de vi publica*, sem distincção de dias fastos ou nefastos.

Augusto restituiu á administração da justiça mais de 30 dias que lhe tiravam os jogos honorarios, isto é, os jogos consagados aos magistrados e não ao Estado; por outro lado, instituiu férias de dois mezes, Novembro e Dezembro.

O Imperador Claudio, que gostava muito de julgar, distribuia justiça, mesmo nos dias feriados.

Uma ordem de Antonio, o philosopho, regulou o que era relativo a esta materia. Augmentou o numero dos dias fastos e fixou em 230 por anno os em que era permittido pleitear. Estabeleceu férias da colheita e córte e determinou a natureza das causas que podiam se processar nos dias feriados.

Um rescripto de Theodosio, o Grande, decidiu que as férias da colheita se estendessem de 24 de Junho a 1 de Agosto e as do córte de 23 de Agosto a 15 de Outubro.

Por este mesmo rescripto, as causas estavam suspensas durante os dias da Paschoa, do Natal, e da Epiphania, assim como durante os sete dias que precediam e seguiam-se á primeira dessas festas.

Os imperadores Valenciano, Valente e Graciano autorisaram o julgamento das causas publicas ou fiscaes durante as férias da colheita e córte. Pouco tempo depois, o proseguimento dos negocios crimes foi interdicto durante a Quaresma.

Emfim, uma constituição de Valenciano, Theodosio e Arcadio, em 389, regulou em principio que todos os dias seriam juridicos. Foram exceptuados os dois mezes de férias, consagrados, um ao *descanço dos grandes calores do estio*, outro *para a colheita dos fructos do outono*.

A excepção comprehendia igualmente a vespera do 1º de Janeiro, os dias anniversarios da fundação de Roma e de Consistinopla, a quinzena da Paschoa, os dias de Natal e da Epiphania e o domingo de cada semana.

As férias de córte e colheita foram abolidas,

mais tarde veremos quando ella é expedida independente de petição e quando em character de recurso, no sentido estricto, de outra decisão.

O emprego da ordem pelo estatuto 31 de Carlos II era feito por meio de requerimento, escripto, pela pessoa presa, ou alguem a seu favor, attestado e subscripto por duas testemunhas que estivessem presentes á entrega da mesma.

Pela verdadeira *common law* a pratica para se recorrer á ordem era por meio de uma moção á côrte ou juiz em camara, como em todos os casos das outras ordens privilegiadas, *certiorari*, *proibição*, *mandamus*, etc. (Kerr's Bla. Com. 124 e outros.)

Lord Vaughan, *chief-justice* argumenta:

“E' concedida em moção, (1) porque não podia ser tida como processo e não haver, por isso, necessidade de permissão, porque a côrte estava obrigada a se convencer desde que a parte tinha uma causa provavel para se livrar.”

Importante razão havia, porque quando era uma vez concedida a ordem, a pessoa a quem era dirigida não podia informar excusa possivel para não apresentar a pessoa do preso.

A pratica que prevalece das côrtes federaes dos Estados Unidos é a mesma da moderna *common law*.

A secção 754 dos estatutos revistos dos Estados Unidos designa a maneira como a petição deve ser feita ás côrtes, quer no prazo marcado ás côrtes ou a qualquer juiz da Suprema Côrte ou aos das de districto ou circuito dentro de suas respectivas jurisdições, ou a qualquer juiz da Suprema Côrte dos Estados Unidos, em qualquer tempo, e em qualquer lugar com tanto que seja dentro dos Estados Unidos. (causa Clarke.)

Nas côrtes dos Estados, o emprego da ordem póde ser feito aos funcionarios autorisados a expedição da ordem, ou provavelmente ás côrtes em geral em tempo marcado; o direito constitucional do paciente, porém,

(1) Moção, isto é, uma requisição que se dirige por circumstancias á Côrte, afim de obter um interlocutorio ou ordem regular da Côrte, como necessaria á marcha progressiva de um processo; esta moção é *commummente* fundada em um *affidavit*.

“deve ser exercido de uma maneira razoável” e a permissão da ordem em tempo marcado fica á justa discrição da côrte. (causa Ellis)

A pratica ingleza para obter um *habeas-corpus ad testificandum* é dirigit-o a um juiz em Camara e não em côrte. (Browne v. Gisborne.)

TELEGRAMMA VALE PETIÇÃO ?

Nada ha a respeito quer em legislação patria quer estrangeira. E' o caso de ficar ao arbitrio do Juiz ou Tribunal, concedel-o ou não, á vista das circumstancias, muito especiaes em que se achar o paciente, tanto mais que além dos juizes e tribunaes locais tem a justiça federal para em ultima analyse chegar ao Supremo Tribunal Federal.

No antigo direito havia o aviso da Justiça n. 8 de 5 de Janeiro de 1876 que recommendava que as ordens por telegrammas antes fossem respeitadas do que embaraçadas.

Modernamente da acta da sessão de 23 de Julho de 1892 o Supremo Tribunal Federal decidiu: “Tendo sido apresentado ao Supremo Tribunal um telegramma sobre pedido urgente de *habeas-corpus* com o fundamento de ameaça de prisão por ordem de um juiz seccional, depois de discutida a materia, o Presidente decidiu que, por não estar o telegramma nos termos prescriptos do Decreto n. 848, art. 46, não podia desde logo ser distribuido como petição regular e que entretanto fosse apresentado ao procurador geral da Republica para requerer o que fosse de direito.

Trata-se nesta disposição e nas seguintes das formulas precisas na solicitação do *habeas-corpus*.

No livro 3º, cap. VIII, trata Blackstone, das offensas feitas aos direitos pessoaes e de sua reparação e ensina.

Os meios de obter a reparação, não são mais do que: “o pedido legal de um direito” ou “*jus prosequendi in judicio quod alicui debetur*” nos termos de Justiniano.

Os Romanos cedo introduziram, seguindo o exemplo dos Gregos, formulas constantes para as acções e processos intentados perante seus tribunaes estabelecendo

como regra que cada offensa não podia ser reparada senão pelo remedio que lhe era propria: “*Actiones, dizem as Pandectas, compositæ sunt quibus inter se homines disceptarent: quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse valuerunt.*”

Essas formulas a seguir nas acções da Justiça, foram a principio conservadas nos livros do collegio dos Pontifices como segredos raros e inestimaveis, até que um certo Cneio Flavio, secretario de Appio Claudio, furtou uma cópia e publicou-a. (Cicero, pro Muræna, § 11, de Orat., liv. II, c. 41.)

Conservar essas formulas escondidas era uma cousa ridicula, era incontestavelmente necessario estabelecer uma prescripção, um modo qualquer, para fixar o verdadeiro estado de uma questão de direito, para impedir que se mudassem continuamente os seus termos e que não fosse impossivel distinguil-a, das causas processadas arbitrariamente e de uma longa duração. (1)

(1) Grellet-Dumazeau, em seu livro *O fóro romano*, dando-nos a razão final da criação da profissão do advogado em Roma ensina.

A lei das 12 taboas, que tinha posto ao alcance de todos, as principaes disposições do direito civil, não se tinha explicado especialmente sobre as regras do processo.

Estas se dividiam em duas cathogorias principaes.

A primeira comprehendia a nomenclatura dos dias, mesmo das horas de certos dias, durante as quaes era exclusivamente permittido citar na Justiça, pleitear e julgar, sob pena de nullidade. O quadro desta nomenclatura se chamava *os fastos*.

A segunda calhegoria se compunha das regras relativas ás formulas a seguir para a introdução das acções. Estas formulas deviam ser tão rigorosamente observadas, que um litigante, proseguindo na Justiça a reparação de um estrago commettido em suas vinhas, perdeu a causa por ter empregado na citação as palavras *vinhas cortadas*, quando a lei das 12 taboas não previa o delicto senão pela denominação de *arvores cortadas*.

Os fastos e as acções, consideradas como cousas da religião, permaneciam como deposito sagrado dos pontifices, que eram todos jurisconsultos, de modo que era necessario recorrer a seus serviços em todos os processos, sob pena de se expor a ver annullada a causa por vicio de formulas.

Esse poderoso meio de influencia escapou ainda ao patriciado, não como concessão a uma insurreição, mas pelo resultado do máo humor de um escriba ferido em sua vaidade.

Em 429, Cneio Flavio, secretario dos pontifices, publicou um formulario das acções e afixou os fastos em pleno *forum*, *Ut quando lege agi posset sciretur*, diz Tito Livio.



Tinhamos, pois, toda a razão quando adoptamos a definição que demos, estabelecendo que se tratava de uma acção, remédio especial, e não de um recurso no sentido judiciário, tanto mais quanto a origem de nossa legislação, em relação às formulas, é a Inglaterra, representada pelo insigne commentador de suas leis.

a) o nome da pessoa que soffre a violencia ou é della ameaçada, e o de quem é della causa.

O fundamento desta disposição é a letra *a* do art. 46 do Dec. 848.

O art. 341, § 4º do codice do processo fazia igual exigencia, exceptuada a hypothese da “ameaça imminente” que é da lei 2.033 como veremos.

Esta disposição que ora analysamos contém tres questões distinctas: 1ª, a designação da pessoa que soffre a violencia; 2ª, não precisa que essa violencia se realize, basta a ameaça; 3ª, o nome de quem della é causa.

Vejamos a primeira parte.

Estabelece a lei a necessidade da disposição do nome do paciente.

O Sr. Pimenta Bueno em seu processo criminal, analysando esta prescrição, estabelece-a como “condição essencial”, pois que aliás não poderia saber-se a favor de quem seria passada a ordem.”

Em Estados da União Americana, porém, vimos quando dissemos sobre as diversas disposições nelles estatuidas que não era necessario designar nome, quando não fosse possivel, bastando os caracteristicos de uma maneira por onde se podesse conhecer a favor de quem ella devia ser expedida.

Mesmo porque o nome póde ser de mais de uma pessoa, como já vimos anteriormente, victimas ou ameaçadas da mesma violencia ou coacção illegal, ou como pessoa juridica a favor de quem se expede a ordem.

A omissão do nome do preso não é uma irregular-

Si alguns autores attribuem a Sexto Aelio divulgação semelhante á de Flavio, o que é duvidoso, segundo Pomponio, Aelio limitou-se a compor formulas supplementares que as tornou publicas.

dade, se sufficientemente parecer indicar a pessoa intentada. (*State v. Philpot, Dudley* Ga. 46)

A segunda questão nesta disposição é que não precisa que a violencia ou coacção se realize, basta a simples ameaça.

No dominio doCodigo do processo, art. 341, § 1º, a lei era falha tanto, que os Juizes e Tribunaes firmaram a jurisprudencia de expedirem a ordem mesmo diante da simples ameaça.

A lei 2.033 de 20 de Setembro de 1871 veio confirmar essa jurisprudencia, estabelecendo no art. 18, § 1º: “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado.”

É assim devia ser a lei coherente, desde que estabelecia ou cuidava da prisão preventiva antes da culpa formada, assumpto que pôde constituir materia de *habeas-corpus*.

A base, porém, desta prescrição nas instituições novas é o art. 72, § 22 da Constituição que permite o recurso a quem “se achar em imminente perigo de soffrer.”

Na Republica Argentina o art. 623, quando cogita da ordem *ex-officio* refere-se tambem á simples ameaça.

A terceira questão que se ventila é a necessidade da designação do nome que deu causa á essa violencia ou coacção.

A importancia desta exigencia é patente, quando se attende ao que é a ordem de *habeas-corpus* e suas garantias, o que veremos quando disso tratarmos.

O causador da violencia ou coacção illegal é em primeiro lugar o detentor, guarda ou carcereiro que retém o preso ou paciente; em segundo lugar a pessoa em character official ou não, em nome individual ou colectivo, que ordenou, decretou a prisão ou fez entrega do preso.

A designação desses nomes é necessaria para a expedição da ordem.

Ainda como corollario desta exigencia deve ser declarado o lugar da prisão.

Esta questão prende-se claramente aos característicos da ordem e sobe de importância em relação à jurisdição do Juiz a quem se pede a ordem, não nos referindo ao Supremo Tribunal porque tem esta jurisdição em toda a União.

Na jurisprudência dos Estados Unidos encontramos:

A petição é defeituosa quando deixa de mencionar o lugar em que se deu a prisão. Esta declaração deve ser feita de modo que as atribuições da corte e juiz, assim como o lugar das informações à ordem, possam ser exactamente exercidas (*People ex rel. Rosenthal v. Cowles*, 59 How. Pr. 287.)

Na Republica Argentina o art. 622 do Código de procedimentos criminaes, citado, em relação às formulas que devem conter a petição de *habeas-corpus*, se exprime: “A petição de *habeas-corpus* deve determinar convenientemente:

1º. Que a pessoa que faz a petição ou a favor de quem se faz, se acha sob ordem de detenção ou detida, presa ou coagida em sua liberdade: o funcionario, empregado ou official publico, autor da ordem de detenção; o individuo que pede ou a cujo favor se faz o pedido; mencionando os nomes dos ditos funcionarios, empregado ou official publico, se os ditos nomes forem conhecidos,

2º. Que a pessoa detida não o esteja em virtude de pena imposta por autoridade competente.

3º. A causa ou pretexto da detenção ou prisão, segundo o melhor conhecimento ou falta d'elle, que tenha o paciente.

4º. Si a detenção ou prisão se houver executado em virtude de mandado ou providencia, deverá juntar-se uma cópia, ou declaração pelo menos que a cópia da ordem, mandado ou providencia não se junta por ter sido removida ou occultada a pessoa detida ou presa, ou porque lhe foi denegada a cópia quando se houver pedido para expedil-a.

5º. A petição deve designar em que consiste a illegalidade.

6º. O que faz o pedido deve affirmar sob juramento o que allega.

b) O conteúdo da ordem porque foi mettido na prisão, ou declaração explicita de que, sendo requerida, lhe foi denegada, e, em caso de ameaça, simplesmente as razões fundadas para temer o protesto de lhe ser infligido o mal.

O fundamento legal de toda a disposição é o § 2º do art. 46 do Dec. 848.

O art. 341, § 2º do Código do Processo Criminal empregava as mesmas expressões quanto á primeira parte, sendo a segunda consequencia da lei 2.033 de 1871, art. 18, § 1º.

Esta disposição contém duas partes, referindo-se a dois factos diversos quanto a seus effeitos, ligados pelo mesmo elo, a declaração da “violencia ou coacção.”

Para facilidade na exposição da materia destaquemol-os.

A primeira parte abrange o facto realizado, “violencia ou coacção” effectuada.

A exigencia legal comprehende por sua vez dois factos “a exhibição da ordem de prisão, da violencia ou de coacção” ou “a declaração explicita, de que, sendo requerida lhe foi denegada.”

“Si se concedesse uma vez ao magistrado, por mais elevado que fosse, o poder de prender arbitrariamente aos que elle ou seus agentes julgassem fazel-o, todos os outros direitos, todas as immunidades estariam desde logo aniquilladas.

Ha quem pense que os ataques injustos contra a propriedade ou a propria vida do cidadão, por vontade arbitraria do magistrado, acarretam mais prejuizo ao bem geral da sociedade do que os que são dirigidos contra a liberdade pessoal.

Privar alguém da vida, confiscar-lhe seus bens pela força, sem processo, sem julgamento, seria um acto de despotismo tão notorio, tão monstruoso, que levantaria depressa de um ponto a outro do Reino, um grito geral contra a tyrannia.

Quando, porém, alguém é secretamente levado á prisão, quando seus soffrimentos são desconhecidos ou esquecidos, é um abuso mais pernicioso de governo arbitrario, porque é menos publico, menos sensivel.” (Blackstone).

Esta exigência é constitucional. O art. 72 da Constituição de 24 de Fevereiro determina:

§ 13. A' excepção do flagrante delicto, a prisão poderá executar-se, senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante *ordem escripta* da autoridade competente.

§ 16. Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defeza com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a *nota de culpa* entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com o nome do accusado e das testemunhas.

Na Constituição do Imperio no art. 179, §§ 8º e 10 se viam iguaes disposições.

Dos principios constitucionaes se depreheende que nenhuma prisão se póde dar, se effectuar, não é exequivel, sem ordem escripta de autoridade competente.

A unica excepção a este principio é o caso de flagrante delicto.

Já estes principios eram os mesmos no Imperio.

“Nossas leis garantem, dizia o Sr. Pimenta Bueno, como devem, a liberdade individual; ninguem, pois, deve ser preso senão nos precisos casos e termos que ella autorisar.”

E tanto a theoria legal é essa que, o legislador do Imperio na lei 2.033 de 1871, art. 13 estabeleceu: “Nenhum carcereiro receberá preso algum, sem ordem por escripto da autoridade salvo nos casos de flagrante delicto, em que por circumstancias extraordinarias se dê impossibilidade de ser o mesmo preso apresentado á autoridade competente.”

Antes desta prescripção o Sr. Pimenta Bueno, pedia uma disposição por soffrerem as nossas leis essa grande omissão e citava em auxilio ás leis inglezas.

Segundo as leis inglezas, diz Blackstone, liv.I, pag. 238, os carcereiros não podem receber presos sem saber primeiro o motivo da prisão e lavrar assento della á vista da ordem ou declaração do conductor, de sorte que, no caso de *habeas-corpus*, é sempre obrigado, pena de multa de 100 libras esterlinas, a dar ao paciente, no prazo de seis horas, certidão do motivo da detenção.

Si por um lado em relação ao detentor ha essa disposição, em relação ao paciente, por outro lado, é garan-

tida: “a nota de culpa entregue em 24 horas e assignada pela autoridade competente, com o nome do accusado e das testemunhas, na fôrma do § 16 art. 72 citado, da Constituição.

Na Republica Argentina o codigo de procedimentos crimes estatue no art. 677: Nenhum director ou chefe de presidio, penitenciaria ou outro qualquer estabelecimento de condemnados, nem empregado ou alcaide dos carceres de detenção e segurança, poderá, sob as repressões estabelecidas no Codigo Penal, receber nem deter a pessoa alguma, senão em virtude de detenção, arrestaço ou prisão, ou de sentença condemnatoria.

O Sr. Pimenta Bueno, fundado em artigo que estabelecia disposição semelhante, da Constituição do Imperio, e no art. 148 do Codigo do Processo Criminal, ainda em vigor, ensina que: “as 24 horas, da nota da culpa, devem ser contadas da entrada na prisão, e que della deve constar o motivo da prisão.”

Si a prisão é consequencia de pronuncia ou prisão preventiva é inutil a nota de culpa, como veremos quando dessas materias tratarmos.

Essa disposição, diz o Sr. Pimenta Bueno, filha da summa justiça, desterroo para sempre o antigo segredo, com que se opprimia o indiciado e se impossibilitava a sua defeza. Parece que, quando fôr possível, a nota da culpa deverá preceder ao interrogatorio, afim de que o réo saiba de antemão qual a materia sobre que tem de responder.

“Para que uma prisão seja legal, deve ser proferida em instrucção pelas Côrtes de Justiça, ou ordenada por qualquer official de justiça que tenha poder de envial-o á prisão. Sua ordem deve ser dada por escripto, deve ser assignada e com o sello do magistrado, contendo os motivos da prisão, afim de se poder examinar, si tem lugar o *habeas-corpus*.

Si os motivos não são expressos, o carcereiro não é obrigado a deter o preso.

Porque a esse respeito, diz Ed. Coke, as leis entendem, como o governador romano Festus, que é desarrasoavel enviar um homem para a prisão e não fazer-lhe conhecer ao mesmo tempo de que crimes está accusado.” (Blackstone.)

O que até aqui temos estabelecido é de direito constitucional, direito substantivo, logo essa exigência da ordem ou declaração de que foi denegada a cópia, também o é, não pôde ser modificada pela legislação formal, da competência dos Estados.

Essa formalidade, pois, na concessão do *habeas-corpus*, é uma em toda a federação.

Estudemos, assim, quando a prisão está de harmonia com a lei.

§ 1º.

Antes de tudo, examinemos o que constitui a prisão.

“Privar alguém de sua liberdade, de qualquer maneira que seja, é uma prisão.

Si, por exemplo, alguém é retido, contra sua vontade, em uma casa particular, si está amarrado ou posto a ferros, si o prendem ou é retido pela força na rua, é uma prisão. E a lei não approva detenções illegaes deste modo, tanto que, si alguém está debaixo da *duress* da prisão, o que significa, si está constrangido, por violencia illegal feita á sua liberdade, até mesmo que tenha assignado ou sellado obrigação ou qualquer outro acto semelhante, pôde allegar esse constrangimento e se negará execução do acto praticado. Si, porém, alguém está legalmente detido e passar uma obrigação, um acto qualquer, quer para obter seu relaxamento, quer por outro qualquer motivo legitimo, não é mais pelo constrangimento da prisão, não tem, pois, a faculdade de subtrahir-se á execução desse acto. (Blackstone.)

Antes de estabelecemos os casos em que a prisão está de harmonia com a lei, convém salientar um principio cuja infracção seria uma illegalidade.

Trata-se da notificação do réo ou seu chamamento a juizo, para responder pelo crime de que é accusado.

Si bem que o Sr. Pimenta Bueno nos diga que a differença no modo de chamamento do réo a juizo, conforme fôr o crime em que é iniciado, está de accôrdo com a garantia da liberdade individual, que por isso mesmo não deve ser olvidada, elle adiante accrescenta: “entretanto, quando o crime é inafiançavel, como seria pos-

sível a simples notificação? Fôra um aviso dado ao indiciado para que se evadisse.”

No processo anterior á lei 2.033, como na Inglaterra e mais paizes segundo vemos no Sr. Pimenta Bueno em seu § 162, distinguia-se a intimação para o processo da simples prisão, mas tudo redundava na mesma cousa, a prisão.

A notificação do indiciado para vir se vêr processar longe de fugir das garantias ao direito individual pelo contrario está inteiramente adstricta ás regras sobre prisão.

Si o réo tem de responder a um summario por crime inafiançavel; ou ha base para prisão preventiva e essa será a sua notificação; ou não ha base, ou já tenha passado um anno, e então a intimação ou notificação é a citação commum.

Si o crime é afiançavel; ou elle está afiançado e no termo da fiança se obrigou a comparecer sob pena de quebramento della, sendo que essa notificação póde ser feita por edital, a intimação é commum; ou elle não está afiançavel e não póde ser preso porque não o foi em flagrante e não o póde ser pela preventiva porque não o attinge, e então a intimação é a mesma citação commum.

Segue-se, pois, que o indiciado para comparecer, citação inicial, é feita debaixo das mesmas formalidades que a commum.

E’ illegal qualquer mandado de intimação com prisão para que o iniciado venha se vêr processar, seja qual fôr o crime desde que não se realizarem as condições ou requisitos da prisão.

A garantia do individuo é completa por esse lado; a da justiça publica lá está no recurso da pronuncia não poder ser exercitado, sem recolher-se o pronunciado á prisão, si o crime é inafiançavel; sem o réo afiançar-se ou mesmo recolher-se á prisão, quando não a possa prestar, si o crime é afiançavel.

Para ter lugar a prisão, diz o Sr. Pimenta Bueno, é necessario que concorram os casos, circumstancias e solemnidades previstas, fóra dos quaes ella é arbitraria e criminosa.

§ 2º

O de flagrante delicto.

Qualquer pessoa do povo póde, e os funcionarios da policia e os officiaes de justiça são obrigados a prender a qualquer que fôr encontrado: ou commettendo algum delicto, ou que interrompeu ou acabou de commettel-o, enquanto foge, acompanhado pelo clamor publico.

Os que assim forem presos entender-se-hão em flagrante delicto.

Tal é a summa do art. 131 do Codigo do Processo Criminal.

O Sr. Pimenta Bueno, fundado na theoria franceza ainda accrescenta mais uma hypothese: “ou estando ainda com as armas e instrumentos ou effeitos do crime em acto successivo.”

“Nada mais logico e consequente com o respeito devido á lei e com os interesses públicos, accrescenta elle, do que obstar o delicto que se está commettendo, que será continuado ou aggravado si não fôr interrompido, e capturar o delinquente. Para isso, porém, para não deixar escapar o criminoso, apprehender os instrumentos do crime, recolher seus vestigios, é de necessidade que o poder da lei opere com celeridade, que não só os agentes da policia, mas qualquer do povo, que esteja presente, receba della autorização para isso, como interessado na ordem e moral publicas.”

Vejamos agora quaes as solemnidades exigidas pela lei em relação á prisão desta especie para que fique ella authenticada.

Preso o criminoso em flagrante irá ou será levado á presença da autoridade mais proxima, que interrogará o delinquente e o offendido e tomará as declarações da pessoa ou escolta que conduzir o preso, reduzindo tudo a um auto que será por todos assignado. (Codigo do Processo criminal, art. 132 e art. 12, § 1º da lei 2.033 de 1871.) Este auto é que constitue o flagrante, e não um auto em fôrma de declaração, todos assignando.

O auto de prisão será lavrado pelo escrivão da autoridade que tomar conhecimento da prisão e em sua falta por pessoa por ella designada.

Quando a autoridade pessoalmente prender em fla-



grante, não se lavrará o auto, mas fará recolher o delinquente á prisão, por ordem escripta.

Não poderá ser recolhido á prisão, si o accusado quizer prestar fiança nos crimes em que ella é permittida, ou o crime fôr de natureza a se poder o delinquente livrar solto.

“Todo o particular e, com mais razão, todo o official de paz, diz Blackstone, testemunha de um acto de felonía, é obrigado pela lei a prender o culpado, sob pena de multa e prisão, si este escapar-se por negligencia dos que estavam presentes. Si arrombam portas em perseguição desse homem, a lei os absolve; e mesmo si o matam, desde que não haja outro meio de prendel-o: si qualquer delles é morto esforçando-se para prendel-o, é um homicidio, no emtanto.”

Ainda em relação ao flagrante pelo clamor publico ensina Blackstone:

“Ha uma especie de prisão, que refere-se tanto aos officiaes e agentes da justiça como aos particulares; é a que é provocada pelo clamor publico por felonía commettida.

O clamor publico que os inglezes chamam *hue* (da palavra *huer*) and *cry* (*hutesium et clamor*), era o antigo modo, pela *common law*, de perseguir, com estrepito a todo o culpado de crime de felonía, ou por ter ferido alguém perigosamente.

Um estatuto autorisava que, em cada districto, estivesse estabelecido o serviço de modo que immediatamente depois dos furtos e felonias commettidas, as perseguições comesçassem e continuassem de cidade em cidade, e de provincia em provincia; que o clamor publico se levantasse contra os indiciados; que os que guardassem a cidade perseguissem com estrepito em toda a cidade e nas visinhas e que o clamor publico se propagasse assim de cidade em cidade, até os culpados serem presos e entregues ao sherife. E para tornar mais efficaz este clamor publico, o cantão (ou a centuria) é obrigado a responder por todos os furtos á viva força, que ahi forem commettidos, a menos que seus habitantes não prendam o culpado; o que dá lugar a uma acção contra o cantão da parte do que foi roubado.

O clamor publico póde se formar quer por ordem de um juiz de paz, quer por um official de paz, quer por um particular qualquer, que tenha tido conhecimento de uma felonía. Deve-se neste caso instruir o condestavel do lugar, de tudo o que se sabe tanto sobre a felonía commettida, como sobre o culpado; e o condestavel deve então fazer pesquisas na sua propria cidade, espalhar o clamor publico nas communas circumvisinhas e fazer perseguir tanto a cavallo como a pé; e n'esta perseguição com estrepito, o condestavel e os que o acompanhem tem direito á mesma protecção, como si agissem em virtude de uma ordem de prisão (*warrant*) de juiz de paz.

Si alguém por gracejo ou por maldade provocar sem motivo um clamor publico, incorrerá em punição severa, como perturbador da paz publica.

Para animar ainda mais a prender certos criminosos, diversos actos do parlamento concediam recompensas e vantagens aos que os entregassem á prisão.”

Dissemos que lavrado o auto de flagrante é então o réo recolhido a prisão si o crime não fôr afiançavel.

Faz-se-lhe entrega no prazo da lei da razão da prisão, nota constitucional.

Este principio é absoluto, não tem restricções, não admitte demora.

Desde que o indiciado allega que se quer afiançar não póde ser recolhido á prisão, não se lhe póde negar a fiança, tomando-se esta na fórma do direito processual ou adjectivo.

Estes principios não têm excepção porque vimos os dispostos nos §§ 13 no principio e 14 do art. 72 da Constituição.

Por outro lado apesar do crime ser afiançavel, si o indiciado não prestar fiança, será recolhido á prisão.

O Codigo Penal, direito substantivo, é que determina quaes os crimes afiançaveis, de modo que si porventura as legislaturas dos Estados restringirem ou ampliarem as disposições do Codigo Penal, não tem valor algum.

Na Republica Argentina o flagrante é regulado pelas disposições seguintes:

No caso de flagrante delicto qualquer pessoa do povo póde deter o delinquente, com o unico fim de apresental-o

imediatamente ao juiz competente ou a agente da autoridade publica mais proxima, jurando que o viu perpetrar o delicto. (Cod. de procedimentos criminaes, art. 3º.)

O chefe de policia da Capital e seus agentes tem o dever de deter as pesscas que surprehenderem em flagrante delicto e àquellas contra quem hajam indicios vehementes ou semi-prova de culpabilidade, devendo imediatamente pôl-as a disposição do juiz competente. (art. 4 Cod. cit.)

O delicto só se considera em flagrante delicto dos artigos antecedentes em relação a quem tenha presenciado sua perpetração. (art. 5º Cod. cit.)

Detido o presumido culpado e entregue ao juiz competente procederá elle ao interrogatorio e as diligencias necessarias para decretar sua prisão preventiva ou soltura. (art. 6º Cod. cit.)

Art. 368. Ninguém poderá ser preso, senão pelos agentes a quem a lei dá a faculdade de fazel-o e de conformidade com as disposições deste Codigo.

Todavia, qualquer pessoa pôde prender:

1º. Ao que intenta commetter um delicto no momento de começar a commettel-o

2º. Ao delinquente em flagrante.

3º. Ao que fugir de estabelecimento penal em que se ache cumprindo condemnação.

4º. Ao que fugir do lugar em que esteja esperando ser transportado para o estabelecimento penal ou lugar em que deve cumprir a condemnação imposto por sentença irrevogavel.

5º. Ao que fugir ao ser conduzido para o estabelecimento ou lugar mencionado no numero anterior.

6º. Ao que fugir estando preso em processo pendente.

7º. Ao processado ou condemnado rével.

Art. 369. A autoridade ou seus agentes, tem obrigação de deter a qualquer que se ache em algum dos casos do artigo anterior.

Art. 370. A autoridade ou agente de policia que detiver alguém deverá entregal-o, sob sua responsabilidade, ao juiz mais proximo do lugar em que se houver effectuado a detenção, nas primeiras horas de seu despacho.

Quando um particular detem a outro, está obrigado

a conduzir-o imediatamente ao juiz ou agente mais proximo da autoridade.

Art. 371. Si o juiz a quem se faz a entrega, fôr o proprio da causa, procedera de harmonia com o facto ou estado do processo.

Art. 372. Si não fôr o competente, tomará da pessoa que tiver feito a detenção, as declarações de seu domicilio e mais circumstancias necessarias a sua identidade, e dos motivos que apresentar para ter effectuado a detenção, o nome, apellido e circumstancias do detido.

Estas diligencias serão firmadas pelo juiz, escrivão e a pessoa que houver effectuado a detenção; e si não souber ou quizer firmal-a, tudo se fará constar do auto.

Logo depois, serão estas diligencias remettidas com a pessoa detida á disposição do juiz que conhecer da causa ou a quem dever conhecer della ou a quem houver condemnado o detido, conforme fôr a hypothese.

Em relação ao flagrante delicto é preciso lembrar uma restricção, filha do direito publico constitucional.

O art. 20 da Constituição determina: “Os Deputados e os Senadores desde que tiverem recebido diploma até á nova eleição, não poderão ser presos criminalmente, sem previa licença de sua Camara, salvo caso de flagrancia em crime inafiançavel. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusiva, a autoridade processante remetterá os autos á Camara respectiva, para resolver da procedencia da accusação, si o accusado não optar pelo julgamento immediato.”

A inviolabilidade que cobre os membros das Camaras, diz Ed. Pierre, não é um privilegio creado em beneficio de uma categoria de individuos; é uma medida de ordem publica decretada para collocar o Poder Legislativo acima dos ataques do Poder Executivo. Nos grandes conflictos politicos, um governo ameaçado podia ser levado a servir-se da Justiça em beneficio de sua defeza ou de seus rancores.

Importa que o exercicio do mandato conferido pelo paiz não possa ser suspenso sem uma decisão formal dos seus representantes.

A inviolabilidade que chamamos pessoal tem por fim proteger todo o membro da assemblea politica contra as

diligencias judiciaes que, a pretexto de alcançar um crime ou delicto de direito commum, teriam por origem o interesse do Poder Executivo em cujas mãos está collocada a acção publica, ou os resentimentos dos cidadãos empenhados nas luctas eleitoraes.

Na sessão da Camara dos Deputados de 8 de Março de 1833, cita Pierre, que Martin (do Norte) definiu em excellentes termos o character da inviolabilidade pessoal.

“A carta, dizia elle, não teve por fim crear em favor de nenhum dos membros da Camara um privilegio individual, destruidor do principio sagrado da igualdade perante a lei; ella se deteve em considerações de ordem mais elevada; pareceu-lhe que só a inviolabilidade de cada deputado podia assegurar a independencia da Camara inteira; acreditou que essa independencia estaria ameaçada no dia em que, a pretexto de um procedimento criminal, um dos mandatarios do paiz fosse, sem motivos os mais graves, affastado deste recinto; e, emfim reconhecendo que havia perigo em deixar, pois, a sociedade desarmada em presença do deputado, ella estabeleceu as condições que podiam por sua vez garantir a liberdade da representação nacional e os interesses legitimos das vindictas publicas.

A propria Camara, vigilante esclarecida de todos os direitos, guarda severa de sua honra, podia só, em sua alta posição, ser chamada a recolher os factos, pesar as circumstancias, prescrutar as intenções e depois permittir ou affastar soberanamente, durante as sessões, as diligencias judiciaes dirigidas contra um de seus membros. E’ pois, á Camara que pertence repellir o official da justiça que, duplo instrumento de um poder culpado, tentasse por meios escusos tirar de sua cadeira um corajoso defensor das liberdades publicas ou acolher com interesse a justa solicitude do magistrado integro que venha pedir a autorisação de proseguir sem demora assim como sem subterfugios a repressão de delictos ou crimes de natureza a comprometter gravemente a dignidade ou segurança do paiz.”

Nenhum representante do paiz, accrescenta Pierre, tem o direito de despojar-se de uma garantia que não foi creada para si, mas para toda a Assembléa.

Este principio já foi reconhecido e consagrado no

tribunal correccional de Reims. “Desde então não pertence a nenhum membro do corpo legislativo renunciar ao beneficio; e sua renuncia não póde supprir a autorisação do mesmo corpo legislativo.”

Já em parecer do procurador geral, em 1842, na cõrte de cassação, em França, dizia elle: “O homem que goza de um privilegio em razão da magistratura ou character publico de que está revestido não se pertence; não póde abdicar voluntariamente o privilegio concedido não á pessoa privada, mas a seu character publico.”

“O privilegio não pertence aos membros, mas á Camara. Si um membro tomasse a liberdade de renuncial-o sem sua autorisação, seria punido.” (1)

Póde, porém, o representante da Camara solicitar a licença da renuncia do privilegio.

A disposição de nossa Constituição parece que no final do artigo aberrou dos principios.

No emtanto essa opção não se deve dar sem autorisação de sua Camara.

A inviolabilidade abrange todos os casos em que se possa dar constrangimento á liberdade do representante da Nação.

Essa inviolabilidade termina, porém, com o mandato. Findo este, o processo que não teve seguimento pela decisão da Camara, não tem obices para que não se cumpra a lei.

No nosso paiz o contrario se tem dado, de modo que a decisão da Camara, tem tido o valor da prescripção, o que é um erro perante os principios.

A doutrina, da Camara dos deputados de 1891 para cá, é que o Congresso quando dá a licença, opera como tribunal de Justiça, conhecendo de *meritis* da licença n'um caso, das provas para a pronuncia em outro ciso.

Tal é a summa dos pareceres aprovados, constastes dos annaes sob os ns. 21, 65 e 164 de 1891, um outro em 1896 e um voto em separado ao parecer n. 5 de 1898.

A consagração do principio da inviolabilidade do representante da Nação traz como consequencia natural na Federação, o respeito á adopção de igual principio em relação aos Estados. Assim, desde que os Estados forem organisados de harmonia com o art. 63 da Constituição

(1) Jefferson, Manual de direito parlamentar.

de 24 de Fevereiro e em suas constituições estabelecerem a inviolabilidade para os seus representantes, esta é garantida em relação á União e aos outros Estados.

Em outras palavras as Constituições dos Estados, organisados nos moldes dos da União, fazem parte do direito constitucional do Brazil.

O Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudencia a respeito. O accordão de 18 de Maio de 1895 determinou: “E’ illegal a prisão, ainda por effeitos de pronuncia sendo o indiciado membro do Congresso e não havendo sido observado o disposto do art. 20 da Constituição.”

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro no art. 14 determina: “Nenhum deputado poderá ser preso sem previa licença da Assembléa Legislativa, salvo em caso de flagrante delicto por crime inafiançavel. Neste caso, a autoridade que tiver effectuado a prisão, o communicará immediatamente á Assembléa que resolverá sobre ella.”

Sobre os tramites a seguir a lei do Estado n. 10 de 26 de Agosto de 1892 estabeleceu todas as normas.

O Estado do Rio de Janeiro ainda a respeito do flagrante delicto em sua Constituição, art. 114 dispõe: “Nenhum eleitor poderá ser preso um mez antes e um mez depois da eleição, salvo o caso de flagrante delicto em crime inafiançavel.”

Esta disposição não é nenhuma novidade na legislação brasileira.

A nossa primeira lei eleitoral, de 1846, já a estabelecia o os modernos legisladores deviam copiar-a nesse particular para que o assumpto eleitoral, tão provido de expedientes em burlar a vontade popular, tivesse mais essa garantia.

A lei ainda estadual de 16 de Novembro de 1892 art. 109 regula a materia.

Sobre os demais Estados ahi estão suas Constituições no trabalho do Dr. Felisbello Freire, já citado.

§ 3º

Quando a prisão fôr preventiva.

O fundamento é ainda constitucional como se vê do § 13 do art. 72 citado nas palavras “salvo os casos determinados em lei.”

A prisão preventiva é a que se dá antes da culpa formada concorrendo os requisitos:

- 1.º Nos crimes inafiançáveis;
- 2.º Por despacho do juiz competente para a formação da culpa;
- 3.º Não tendo decorrido um anno depois da perpetração do crime.

Póde dar-se a prisão antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou quaesquer diligencias do inquerito policial.

A prisão preventiva deve fundar-se em prova de que resultem vehementes indícios de culpabilidade como sejam:

- 1.º Confissão do réo;
- 2.º Prova documental;
- 3.º Declaração de duas testemunhas que deponham de sciencia propria.

Esta prova, porém, deve ser apresentada. E quando não esteja de harmonia com a lei, a prisão não é legal. E o poder do *habeas-corpus* vai até examinal-a.

Acima destes principios um deve presidir a todos é a conveniencia da prisão do réo, deixada ao arbitrio discricionario do juiz.

O Supremo Tribunal por accordão n. 302 de 4 de Maio de 1892 decidiu que: “Não basta, para considerar-se legal a prisão sem culpa formada, que das provas especificadas no art. 13 § 2º da lei 2.033 de 1871 resultem vehementes indícios de ter o culpado commettido um delicto qualquer: é demais preciso que a autoridade tenha obtido tal conhecimento do crime, que o habilite a discriminar-lhe a natureza e gravidade, em ordem a poder com segurança decidir preliminarmente si é, ou não, afiançavel. Está neste caso o crime, que póde ser provado pelo corpo delicto directo; mas não aquelles, que dependem de outras diligencias e pesquisas, que só no summario de culpa se podem fazer, inquirindo-se testemunhas acerca da sua existencia e circumstancias, e do delinquente. Accresce que a respeito de fuga é um dos motivos, sinão o principal, que podem aconselhar a prisão preventiva.”

Em todo o caso como direito substantivo a prisão é ordenada ou decretada por mandado escripto na fôrma

do § 13 citado do art. 72 da Constituição por juiz competente que póde, passado o mandado, requisitar a prisão por escripto, por via telegraphica ou por qualquer outro modo, dando conhecimento que decretou tal prisão.

O Sr. Pimenta Bueno, citando o uso das leis inglezas (Blackstone, liv. 4º, cap. XXI, ns. 2 e 3) se exprime: “As leis inglezas são muito rigorosas sobre a prisão, mas o seu systema e facilidade das fianças, assim como a responsabilidade efficaz regularisam bem esse rigor. Quando o crime é grave, o indiciado póde ser preso independente de ordem escripta, por ordem verbal e mesmo sem ella pelo *sheriff*, *coroner*, *constable* ou outro official de justiça, e em certos casos até por um particular, salva a responsabilidade, si fôr injusta a prisão. A autorização parece excessiva quanto a particulares; quanto, porém, ás autoridades e officiaes de justiça não se póde desconhecer que em crimes graves fôra escandalo e frouxidão policial que um agente da justiça criminal encontrasse um assassino e, só porque não tivesse á mão o mandado, o deixasse fugir.”

Estes principios que expuzemos, são objectos do direito adjectivo, da attribuição dos Estados.

Os que ennumeramos são os da lei 2.033 de 20 de Setembro de 1871, art. 13, §§ 2º e 4º e decreto n. 4.824 de 22 de Novembro de 1871, art. 29.

E' de crer que os Estados os adoptassem por serem essencialmente liberaes, já estudados e com effeitos praticos no Imperio.

A lei do processo na Justiça Federal os adoptou, do mesmo modo que a do Estado do Rio de Janeiro.

Antes da lei 2.033 de 1871 havia a prisão sem culpa formada do art. 175 do Codigo do Processo Criminal, sempre por ordem escripta, o que ficou revogado por àquellas leis.

Na Republica Argentina a prisão preventiva é regulada deste modo:

Ninguém póde ser preso preventivamente sem ordem escripta de juiz competente, expedida contra pessoa determinada existindo contra ella prova semi-plena ou indicios vehementes de culpabilidade. (Codigo de procedimentos criminaes art. 2º)

Art. 363. Fóra do caso de pena imposta por sentença, a liberdade pessoal só pôde restringir-se com o caracter de detenção ou de prisão preventiva.

Art. 364. Fóra dos casos anteriormente determinados neste Codigo, a detenção poderá decretar-se:

1.º Quando praticado um acto que apresente os caracteristicos de delicto, ou que elle se possa presumir, não seja possivel no primeiro momento individualisar, quando muito, suspeitas ou indicios directos, a personalidade de seu autor, e houver dois ou mais sobre quem possa recahir a responsabilidade penal.

2.º Quando no lugar em que se praticou um delicto se encontrem reunidas varias pessoas e a autoridade encarregada da instrucção ou da prevenção do summario julgue necessario ou conveniente que nenhuma dellas se affaste do lugar até que se pratiquem as diligencias indagatorias respectivas.

3.º Quando para averiguações do delicto se exija o concurso de alguém para prestar informações ou declarações e este se negue a fazel-as.

4.º Quando houver receio fundado de que a testemunha se occulta, fuja ou se ausente e seu depoimento se considere necessario em relação aos esclarecimentos do delicto e averiguações dos culpados.

Art. 365. No caso da disposição do n. 1 do artigo antecedente, a restricção á liberdade individual, sómente poderá perdurar emquanto se praticarem as primeiras investigações do summario ou das diligencias de prevenção.

Em caso algum a simples detenção pela causa começada, poderá prolongar-se por mais de 24 horas, sob a responsabilidade do funcionario que a autorisar.

Quando se der o caso previsto no n. 2, a detenção terminará no acto de se receber as declarações ou informações das pessoas detidas, desde que resulta que não se acham complicadas no facto que a ellas deu motivo.

Nos casos dos ns. 3 e 4, a detenção se limitará ao tempo necessario para tomar-se o depoimento das testemunhas ou até que se preste a informação.

O juiz deverá receber a declaração ou informação immediatamente depois que a testemunha ou o perito se apresentar.

Art. 366. A detenção se converterá em prisão preventiva, quando concorrerem estes requisitos:

1.º Que esteja justificada, quando menos por uma prova semi-plena a existencia de um delicto.

2.º Quando ao detido se tenha tomado declaração indagatoria ou se tenha negado a apresental-a tendo-se-lhe além disso imputado a causa da prisão.

3.º Que haja indícios sufficientes a arbitrio do juiz por julgal-o responsavel pelo facto.

Art. 367. A prisão preventiva se fará constar dos autos por decisão especial do juiz da instrucção, estabelecendo as causas que a motivaram.

§ 4º

Por effeito de pronuncia.

A prisão por effeito de pronuncia dá-se quando esta a decreta.

Deve ser decretada em processo em que se conceda á defeza, meios de exercitar-se, assim como os que lhe são essenciaes, como os recursos, que são de direito natural.

Deve tambem passar-se mandado escripto do juiz que a decretou.

Esse mandado deve ser em duplicata para que se cumpra por um delles a exigencia da nota da culpa e no outro exemplar, accuse o iniciado á recepção do primeiro e vá constituir peça no respectivo summario de culpa.

Ainda esse mandado, si o crime fôr afiançavel, deve determinar o *quantum* da fiança para que seja exequivel, na fórmula do § 14, art. 72 da Constituição.

Convém aqui lembrar o que dissemos quanto á primeira limitação á ordem de *habeas-corpus*.

Duas questões capitaes se prendem à pronuncia, e em relação à nossa hypothese, podem constituir uma violencia ou coacção aos direitos civis da liberdade pessoal.

Quaes os effeitos da pronuncia ?

Desde quando vigoram esses effeitos ?

Quanto á primeira pertence ella á esphera do direito substantivo.

Ou não sabemos o que lemos ou o que o legislador

constituente decretou é cousa que até hoje ninguém apreendeu-lhe o sentido.

Diz o art. 71 da Constituição: Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem, ou perdem nos casos aqui particularisados.

“§ 1º. Suspende-se:

a) por incapacidade physica ou moral;
b) por condemnação criminal, enquanto durarem os seus effeitos.”

Que direitos de cidadão são estes que se suspendem na fôrma da letra *b* do § 1º do art. 71 ?

Até hoje, nenhum juiz, nem Tribunal tem posto em pratica essa disposição.

Diz-se que esses direitos não são os que a pronuncia suspende por seus effeitos. Continuam a applicar as disposições do direito antigo.

No emtanto a lei n. 35 de 26 de Janeiro de 1892 que estabelece o processo para as eleições federaes determina no § 2º do art. 1º os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem nos casos aqui particularisados.

“§ 1º. Suspende-se:

a) por incapacidade physica ou moral;
b) por condemnação criminal, enquanto durarem os seus effeitos.”

Compare-se e ver-se-ha que as disposições são iguaes.

Vejamos o que se praticava no dominio das leis antigas.

O art. 8º da Constituição do Imperio estabelecia:

“Suspende-se o exercicio dos direitos politicos:

1º. Por incapacidade physica ou moral.

2º. Por sentença condemnatoria á prisão ou degredo, enquanto durarem os seus effeitos.

O art. 94 permittia votar e ser votado excepto:

3º. Os criminosos pronunciados em querela ou devassa.

O Codigo do Processo não cogitava dos effeitos da pronuncia nos crimes communs, tanto que só no cap. V, quando tratava dos crimes de responsabilidade, no art. 165 estabeleceu: “Os effeitos da pronuncia são:

§ 1º. Ficar sujeito o pronunciado à accusação.

§ 2º. Ficar suspenso do exercicio de todas as funções publicas.

§ 3º. Ser preso, ou conservado na prisão, enquanto não prestar fiança nos casos em que a lei a admitte.

§ 4º. Suspender-se-lhe metade do ordenado ou soldo que tiver em razão do emprego, e que perderá todo, não sendo afinal absolvido.

O art. 94 da lei de 3 de Dezembro estabelecia em geral:

“A pronuncia não suspende o exercicio dos direitos politicos senão depois de sustentada competentemente.”

O Reg. n. 120 no art. 293 estabeleceu: Decretada a pronuncia e sustentada os pronunciados ficam sujeitos.

1º á accusação e ao julgamento:

2º á suspensão do exercicio dos direitos politicos.

Os avisos sobre a materia são innumerados e contraditorios.

Veio a lei n. 2.033 e no art. 29 estatuiu: “A pronuncia não suspende sinão o exercicio das funcções publicas e o direito de ser votado.”

Taes são os principios do direito antigo e que juizes e tribunaes hoje põem em vigor.

Comparem-se estes textos com o constitucional, é possivel essa interpretação?

Em relação ao empregado publico, si é indiscutivel que aquelle que serve um emprego publico exerce um direito politico, póde elle ser suspenso do emprego e de metade de seus ordenados, diante do texto constitucional ?

Serão essas regras de direito adjectivo ? De que vale o art. 71 da Constituição ?

A segunda questão por nós levantada pertence inquestionavelmente ao direito adjectivo ou formal.

No dominio do Codigo do Processo a pronuncia produzia desde logo os seus effeitos, ou fosse o crime da competencia do julgamento do juiz de paz ou do jury de accusação.

Tal é a doutrina que decorre do art. 294 do Codigo do Processo e dos avisos de 9 de Novembro de 1833 e 14 de Abril de 1834, não podendo o Juiz de Direito despronunciar ninguem.

No dominio da lei de 3 de Dezembro a pronuncia produzia seus effeitos em relação a prisão desde logo, tanto aue os seus recursos não tinham effeito suspensivo,

guardada, porém, a disposição do art. 94, citado, quanto aos direitos políticos.

No dominio do Reg. n. 120 quando a pronuncia era decretada pelos chefes de policia ou juizes municipaes produziam immediatamente todos os seus effeitos.

Do mesmo modo se procedia si a decisão fosse de improcedencia da denuncia ou queixa.

No entanto se a pronuncia era decretada pelos delegados ou subdelegados ficavam dependentes dos despachos de sustentação ou revogação dos juizes municipaes. De modo que no caso do réo estar preso e ser despronunciado ficava na prisão até a decisão da sustentação. Quando o réo estava solto e havia pronuncia, expedia-se mandado de prisão antes da remessa dos autos para a sustentação della!!!

“Tal disposição, ensinava o Sr. Pimenta Bueno, não deixa de merecer objecções, pois que só depois de sustentada a pronuncia, quando disso dependa, é que ella produz seus effeitos, e portanto, si o crime é afiançavel, porque não esperar por esse acto?”

No dominio da lei 2.033 de 1871 e seu regulamento pela natureza dos recursos, *ex-officio* ou que ás partes eram facultados, seguindo nos proprios autos, a pronuncia só produzia effeitos depois de sustentada, excepto se decretava prisão. Do mesmo modo julgada a improcedencia da denuncia e o réo preso, esperava elle a confirmação.

Vejamos ambas as questões perante o processo da Justiça Federal.

O Dec. n. 848 que a organisou determinou no art. 65: “E’ livre ás partes recorrer para o Supremo Tribunal Federal do despacho de pronuncia ou improcedencia da queixa ou denuncia.

O recurso é suspensivo e será interposto dentro de cinco dias, contados da intimação do despacho a cada uma das partes.

Ficará traslado dos autos no cartorio do escrivão, e a expedição do recurso, bem como a cópia do processo serão feitas á custa do recorrente. Será julgado deserto o recurso que não fôr expedido dentro de trinta dias, improrogaveis, contados da data de sua interposição.

O despacho de pronuncia ou improcedencia produzirá em todo caso e desde logo todos os effeitos de direito.”

Conforme se vê desta disposição ha um verdadeiro antagonismo em suas expressões.

Por um lado diz o artigo “o recurso é suspensivo” por outro lado elle tambem diz: “o despacho de pronuncia ou improcedencia produzirá em todo caso e desde logo todos os effeitos de direito.”

A lei n. 221 de 1894 não veio sobre a questão dar luz. No art. 56 estatue: “que os recursos criminaes serão interpostos, processados e apresentados nos termos dos arts. 73 e 77 da lei de 3 de Dezembro, salvo o disposto no art. 65 do decreto 848 e no art. 77 do Regimento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete conhecer de todos os que forem interpostos das decisões dos juizes seccionaes, cabendo a estes julgar os dos despachos do substituto e seus supplentes.”

O interprete fica nos mesmos termos da disposição do art. 65 do Dec. 848.

O Sr. Souza Martins, em sua obra, organização judiciaria, a pag. 50 tratando do recurso de pronuncia reporta-se em nota a legislação anterior e no art. 153 reproduz as expressões do art. 65: “o recurso do despacho de pronuncia ou de improcedencia da queixa ou denuncia é suspensivo.”

Posteriormente veio o Dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898 que approvou a Consolidação das Leis referentes a Justiça Federal.

Art. 193. Pronunciado o réo, ficará desde a data da intimação da sentença e emquanto durarem os seus effeitos:

- a) sujeito á accusação e julgamento;
- b) suspenso do exercicio de todas as funcções publicas e inhabilidade, para ser proposto a outro emprego ou nelle provido, salvo o accesso legal que competir ao empregado pronunciado;
- c) privado do recebimento de metade do ordenado ou soldo que tiver em razão do emprego, e que perderá todo, não sendo afinal absolvido;
- d) obrigado á prisão, si o crime for inafiançavel, ou emquanto não prestar fiança nos casos em que a lei a admite.

Art. 194. A pronuncia não suspende senão o exercicio das funções publicas e o direito de ser votado para cargos que exigem a qualidade de eleitor.

Pela lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898, tres dias antes do Regulamento citado, nos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adesivos, vales postaes e outros qualificados nos arts. 221 a 224, 239 a 244, 246, 247, 250 e 265 do Codigo Penal, pertencendo a formação da culpa aos juizes substitutos (art. 2º) com recurso obrigatorio para o Juiz federal na secção e voluntario para o Supremo Tribunal Federal, a pronuncia nesses crimes tem effeito suspensivo.

§ 5º

Da prisão administrativa.

A prisão administrativa tem lugar:

- 1º, quando requisitada por effeitos civis;
- 2º, quando requisitada contra os empregados de fazenda;
- 3º, quando requisitada por extradicação;
- 4º, quando decretada para a deportação.

1º CASO

Da prisão por effeitos civis.

Os casos de prisão por effeitos civis são expressamente determinados nas leis.

Uns pertencem ao direito substantivo estabelecidos pelo direito commercial ou civil; outros são de direito adjectivo ou formal, segundo forem determinados no processo, da competencia dos Estados.

O art. 6º letra *d* do Dec. 917 de 24 de Outubro de 1890, sobre fallencias, no acto da decretação della assim se exprime: “poderá decretar a prisão preventiva do fallido.”

O art. 16 do mesmo decreto que estabelece:

“O fallido poderá ser preso se faltar ao cumprimento dos seus deveres, oppondo embaraços ás funções dos syndicos e do curador fiscal, occultando-se, ou de

qualquer outro modo encobrindo a existencia de bens, demorando a arrecadação, não exhibindo os livros, recebendo quaesquer quantias por dividas activas, praticando algum acto prejudicial á massa ou que motive acção de nullidade, subtrahindo documentos, ou desviando a correspondencia que dever ser entregue ao curador fiscal.

A prisão do agente de leilões que nos 8 dias seguintes ao leilão não faz entrega ao committente do liquido apurado e vendido. (Cod. do Commercio art. 72.)

A prisão do depositario e dos equiparaveis a elle. (Ord. Liv. 4º, tit. 49 § 1º e tit. 76 § 5º.)

O Codigo Penal não reconhece a prisão do depositario e dos equiparaveis a elle, como penal criminal é verdade, mas sendo como é disposição do direito civil ha de ser reconhecida.

A prisão do arrematante, que dentro de tres dias da arrematação não pagar o preço da arrematação (art. 555 do Reg. 737 de 1850).

A prisão contra o saccado que recusa entregar a letra a elle enviada para o acceite. (art. 412 do Cod. do Commercio.)

A prisão nos casos expressos pela lei na detenção pessoal. (art. 343 do Reg 737 de 1850)

O Supremo Tribunal Federal por accórdão n. 861 de 15 de Fevereiro de 1895 decidiu: “Constitue ameaça de constrangimento illegal a expedição de mandado de detenção pessoal nos termos do art. 343 § 5º do Reg. 737, por motivo de occultação de bens á penhora em execução de sentença, não sendo o paciente commerciante e nem commercial a sua divida.

A prisão contra o executado que occulta bens para não serem penhorados, ou deixa de possuil-os por dolo (art. 525 do Reg. 737).

A prisão contra negociante que na acção de exhibição recusa apresentar por inteiro os livros e escripturação ou balanços geraes de qualquer casa commercial em questão de sociedade, administração ou gestão mercantil e em caso de fallencia. (art. 351 do Reg. 737.)

O Supremo Tribunal por accórdão n. 798 de 10 de Julho de 1895 decidiu: E' illegal a prisão de um indi-

viduo não commerciante por falta de exhibição de livros de escripturação mercantil, que não é obrigado a ter.

2º CASO

A prisão contra os empregados de fazenda.

Quando tratamos da quarta limitação ao direito de *habeas-corpus* vimos os casos em relação á Fazenda da União.

Os Estados contra os seus empregados em alcance devem estabelecer disposições a respeito.

E' assim que o Estado do Rio de Janeiro legislou no Decreto de 30 de Setembro de 1892 e a lei n. 74 de 1 de Setembro de 1894. A prisão é requisitada pelo Presidente do Tribunal de Contas, diante de ordens deste. O Governo do Estado póde ordenar a prisão até que o Tribunal delibere.

Nestas questões os Tribunaes tem em primeiro lugar de examinar os grandes principios de liberdade e segurança, garantidos pela Constituição da União, e vêr se foram elles infringidos, depois examinar as leis locais e a jurisprudencia dos Tribunaes Estaduaes.

3º CASO

Da prisão por extradicção.

Esta materia é federal.

Mesmo em extradicção a prisão deve-se revestir das formalidades e exigencias da prisão em geral.

O Supremo Tribunal em accórdão n. 380 de 12 de Maio de 1893 decidiu: “Constitue constrangimento illegal o pedido de extradicção de criminoso, feito pela policia, sem ter precedido expedição de mandado ou requisição do Juiz da formação da culpa.”

Por accórdão do mesmo Tribunal, n. 909 de 19 de Setembro de 1896 se decidiu: “que é illegal a prisão do paciente fallido, effectuada na Capital Federal, á ordem do Ministro da Justiça e sobre requisição do Presidente do Estado do Rio Grande do Sul, visto terem decorrido 41 dias, sem que haja sido preenchida pelo Juiz requisitante a exigencia contida no art. 1º n. 7 paragrapho

unico do Dec. n. 39 de 30 de Janeiro do 1892, relativo a extradicação dos criminosos entre os Estados do Brazil.

Da prisão effectuada por extradicação regulada pela lei abaixo transcripta conhece em *habeas-corpus* a Justiça Federal do lugar em que ella se dá na fôrma da lei.

E' regulada pelo Decreto federal n. 39 de 30 de Janeiro de 1892 que determina.

Art. 1.º E' defeso ás autoridades dos Estados e ás do Districto Federal deixar de satisfazer ás requisições legítimas, de qualquer natureza, das autoridades dos outros Estados e do mesmo Districto Federal e bem assim denegar a extradicação de criminosos sujeitos a prisão.

I. A extradicação de criminosos será feita mediante requisição da autoridade policial ou judiciaria nos Estados por intermedio de seus governadores ou presidentes, e no Districto Federal por intermedio do Ministro da justiça. A este ou áquelles, conforme o caso, serão communicados pelas autoridades competentes do lugar de refugio a prisão effectuada e a entrega ordenada do criminoso reclamado, afim de que providenciem sobre a sua remessa, a dos instrumentos e effeitos ou objectos do crime que porventura, houverem sido sequestrados e a indemnisação de despeza de que trata o numero seguinte.

Paragrapho unico. Nos casos que não admittam demora, sempre entre municipios confinantes de Estados differentes, a extradicação poderá ser reclamada e satisfeita pelas autoridades policiaes ou judiciarias competentes, directamente entre si, as quaes darão immediata e circunstanciada parte do occorrido ao Ministro da justiça, governador ou presidente, de que se tratar, ficando as mesmas autoridades rigorosamente responsaveis por qualquer abuso.

II. No Districto Federal o Ministro da justiça, e nos Estados os governadores ou presidentes, providenciarão sobre a conducção e remessa dos criminosos.

A indemnisação das despesas com a prisão, conducção e entrega dos criminosos e objectos do crime correrá por conta dos cofres do Estado que os reclamar, pelos da União, si a reclamação fôr feita pelo Districto Federal, salvo o direito regressivo da União ou do Estado contra a parte que promover a accusação.

III. E' competente para pedir a extradicação do cri-

minoso a autoridade que fôr para decretar a prisão ou expedir o respectivo mandado.

IV. A prisão, remessa e entrega do criminoso por extradicação só poderá ter lugar si, em virtude das leis vigentes do Districto Federal ou do Estado que tiver de o processar e punir:

- a) fôr caso de prisão antes de culpa formada;
- b) a pronuncia do réo der lugar a sua detenção;
- c) a condenação fôr a pena de prisão ou outra que possa ser commutada em prisão;
- d) tratar-se de criminoso evadido que estivesse condenado, ou detento legalmente.

Paragrapho unico. Em todos os casos si fôr admittida a fiança, esta poderá ser prestada no lugar do refugio do criminoso, seja no Districto Federal ou em qualquer Estado, resolvendo-se assim pela fiança o processo da extradicação.

V. Em todos os mais casos só poderá ter lugar:

- a) a notificação do indiciado ou accusado para assistir aos termos do seu processo ou responder ao julgamento;
- b) a requisição de diligencias tendentes á instrucção do processo de formação de culpa ou á prova para a accusação;
- c) o pedido de remessa de qualquer documento ou auto necessario aos referidos fins, com ou sem a clausula de serem devolvidos;
- d) a audição de testemunhas ou a sua intimação para depôr em Estado diverso, mas sem comminação de pena.

VI. Na concurrencia de pedidos de extradicação, o Estado requerido:

- a) si se tratar do mesmo crime, dará preferencia ao Estado em cujo territorio tiver elle sido commettido, ainda que não seja o seu, salvo prevenção da propria jurisdicção;
- b) si se tratar de crimes diversos, será attendida na resolução de preferencia a gravidade relativa dos crimes.

Quando a gravidade fôr igual ou no caso de duvida sobre qual seja o crime mais grave, o Estado requerido levará em conta a prioridade do pedido effectivamente expedido e conhecido.

Si suscitar-se duvida sobre a legalidade da extradicação, ou sobre a preferencia de que trata a letra b

neste numero, a questão será affecta ao juiz seccional do Estado requerido.

VII. Para os fins previstos nesta lei, o pedido de extradicação deve incluir as indicações conducentes á verificação de identidade do refugiado e declarar o lugar e a data do crime, sua natureza e circunstancias, e ser acompanhado de cópia da queixa, denuncia, acto inicial, ordenando o processo ou do despacho de pronuncia, do respectivo libello ou sentença de condemnação, quando se tratar de individuo já pronunciado ou condemnado.

Parapho unico. Em caso urgente, a requisição poderá ser feita e executada á vista de despacho telegraphico para prisão provisoria até a remessa dos documentos de que trata este artigo.

VIII. O criminoso, cuja entrega fôr obtida por extradicação, poderá ser processado, julgado e punido por outro crime não incluído no pedido de extradicação; sendo licito igualmente ao governo da União, no Districto Federal, ou ao do Estado onde elle se achar, entregal-o as de outro qualquer Estado, sem necessidade de consentimento de quem o entregou.

A entrega do extradictado pôde ser definitiva ou provisoria para cumprimento de pena imposta, confrontação com outro criminoso, formação de culpa ou interrupção de prescrição; communicado sempre ás autoridades da União ou dos Estados umas às outras o resultado do processo.

IX. Para fazer ou satisfazer pedidos de extradicação, nenhum effeito juridico terá a qualidade de nacional ou estrangeiro, nem a de cidadão do Estado requerente ou requerido.

O Estado de origem do extradictado nenhum direito poderá fazer valer, nem o Estado requerido terá o de preferido aquelle ou o do territorio do crime, com infracção das regras do numero VI.

O transito do extradictado é obrigatorio pelo territorio da União salvo prévio ajuste com o governo do Estado estrangeiro por onde o extradictado houver de passar.

X. A presente lei comprehende os crimes praticados antes da sua execução.

XI. Fica entendido que não haverá necessidade de extradicação, quando se tratar de individuos incursos em

crimes sujeitos á competencia da justiça federal. (Constituição, art. 7º, § 3º, e art. 69. §§ 1º e 2º)

Nestes casos, as autoridades judiciais federaes se limitarão a communicar no Districto Federal ao Ministerio da justiça, e nos Estados aos seus governadores ou presidentes, a prisão do criminoso e a sua remessa para o lugar da requisição, ainda quando se ache pendente a extradicação entre Estados ou entre estes e o Districto Federal.

XII. A presente lei entrará logo em execução, indepedentemente do regulamento que para esse fim o Poder Executivo houver de expedir.

Art. 2.º Achando-se o delinquente em lugar incerto, a sua prisão poderá ser requisitada por circular do governador do Estado onde se iniciou o processo, dirigida aos governadores dos outros Estados.

Effectuada a prisão, terá lugar a extradicação desde logo, si o indiciado não se oppuzer; no caso contrario, o facto será levado ao conhecimento do governador que requisitou a prisão, para que observe o disposto no n. VII.

Art. 3.º Os agentes policiaes de ura Estado poderão penetrar no territorio de outro quando forem no encaço de criminosos, devendo apresentar-se á competente autoridade local, antes ou depois de effectuada a diligencia, conforme a urgencia desta.

Nos Estados-Unidos, as noções sobre extradicação são:

O assumpto da extradicação, diz Church, encheria um volume e de facto Spear escreveu um a respeito.

Este trabalho encerra todas as questões que se podem levantar em procedimentos de *habeas-corpus*.

“O objecto principal de um tratado de extradicação entre duas nações, diz o escriptor citado, é assegurar a cada uma das partes contractantes o direito de pedir a entrega de um criminoso nos termos delle e fim especial consequente de estabelecer uma obrigação correspondente. As nações soberanas tem o direito de entregar taes criminosos mutuamente sem estipulações de tratado para esse effeito; seguindo-se que o direito de pedido positivo traduz a obrigação da entrega, que resulta sómente do tratado.”

A menos que de outro modo seja estipulado por lei, o

principio a respeito dos pedidos é que devem proceder da suprema autoridade politica do governo da Nação.

Nos Estados Unidos dessas relações internacionaes está investido pela Constituição o Presidente. Pelo que toda requisição a governo estrangeiro para a entrega de criminosos deve, na ausencia de estipulação em contrario, ser por elle feita, commummente por intermedio do secretario de Estado, ou pelo ministro estrangeiro, ou outro agente por elle autorizado.

Para se conseguir o objectivo na extradicção se deve mostrar que o caso está dentro dos termos do tratado e das expressões da lei do governo estrangeiro, em sua execução. Pelo que o processo em cada pedido pelos Estados Unidos deve se adaptar ás leis do paiz em que o pedido é feito.

Quando o caso de extradicção fôr levantado dentro dos termos do tratado e o criminoso estiver dentro do dominio de seu proprio governo, póde, si considerar sua prisão como violação de tratado dos Estados Unidos, recorrer aos tribunaes federaes, por meio de uma ordem de *habeas-corpus*.

Assim côrtes e juizes federaes podem expedil-a, fundados nas secções 751 e 753 das leis revistas dos Estados Unidos, agindo, por conseguinte dentro de suas respectivas jurisdições.

A côrte ou juizes tomando conhecimento do caso devem determinar si a prisão do preso viola alguma estipulação do tratado, expressa ou implicitamente, e si assim fôr, deve relaxal-o da prisão.

A extradicção internacional de criminosos é um dever de cortezia, não é direito estricto, e é principio de politica estabelecido nos Estados Unidos não fazer tal extradicção senão em virtude de estipulações. Por essa razão os Estados Unidos não devem pedir extradicção em caso algum como acto de méra cortezia.

O furto não está incluído entre os casos de extradicção estipulados entre a Inglaterra e os Estados Unidos por conseguinte por esse crime e outros não innumerados no tratado, nenhum governo póde reclamar extradicção dos que se refugiem nos dominios da outra. (Cushing).

Sobre a questão si o extraditado póde ser processado

por outro crime além do objectivo da extradicação, ensina Church, as autoridades não estão de accôrdo, sendo, porém, que a doutrina seguida pelo maior numero é que o julgamento do accusado é tacitamente prohibido por outro crime além d'aquelle pelo qual foi entregue, sem que lhe fosse concedida a opporrtunidade de regresso.

Tal foi o ponto de vista tomado pela côrte suprema de appellação de Kentucky, no caso Hawes.

Do mesmo modo foi estabelecido pela côrte suprema de Nova-York que o accusado deve sómente responder pelo crime porque foi extradictado e não por nenhum outro, ficando em relação ás outras materias sob a protecção da lei do paiz que o entregou, tanto quanto sua liberdade pessoal é por ella assegurada no caso de remoção.

O preso está habilitado a voltar ao paiz donde sahiu depois que sejam satisfeitos os fins da justiça.

A applicação destes principios, podem annullar muitas vezes a justiça. “Si, por exemplo, diz Hoffman, juiz da côrte do districto da California, a entrega fôr por tentativa de assassinato e depois da entrega o aggredido fallecer. Ou si, suppondo ser furto o crime extradictado, o accusado fôr entregue pelo de roubo e no exame das provas forem ellas insufficientes em relação á violencia, e ao arrombamento em outro caso, ou si entregue por furto se verificar o roubo, ou vice-versa, nestes e n'outros casos semelhantes, a applicação da regra é falha perante a justiça.”

A lei dos Estados Unidos sobre a materia de extradicação funda-se nos estatutos revistos, tit. 66, onde se vê que as funcções a respeito são attribuidas em parte ao executivo, pertencendo ao Presidente e funcionarios dos Estados Unidos e em parte ao judiciario, a magistrados especiaes e determinados.

Quando um governo que faz o pedido apresenta o caso dentro das estipulações do tratado, a obrigação da entrega é imperativa.

Commummente o mandado do Presidente é o começo do procedimento.

Não é preciso para justificar sua expedição prova de criminalidade, basta que *prima facie* haja uma presumpção.

Não é necessario absolutamente esse mandado do Presidente como inicio da extradicção perante os tribunaes federaes porque todo governo estrangeiro habilitado por tratado a pedir extradicção póde fazel-o ás côrtes federaes em primeira instancia.

Poder directo e positivo é conferido aos magistrados determinados de cuidarem desses procedimentos da extradicção pela lei dos Estados Unidos, não contendo essa lei disposição alguma que faça dependente esse poder do mandado prévio do Presidente.

Do mesmo modo caso algum ha, nessa lei, que faça esse poder conferido ao Presidente, de expedir a ordem de prisão do refugiado, invalidar a autoridade attribuida aquelles magistrados.

A entrega do refugiado não póde ser feita emquanto os factos em hypothese não forem verificados e confirmados ao Secretario de estado e preenchida a preliminar da ordem ter sido legalmente expedida.

Essa preliminar, porém, não exclue o arbitrio do Presidente de negar entregar o refugiado, muitas vezes mesmo diante de prova de criminalidade judicialmente considerada bastante e a elle affirmada, porque seu poder não é simplesmente administrativo, ainda que a soltura do preso tenha sido negada em ordem de *habeas-corpus*.

A ordem de extradicção do executivo, porém, não é absolutamente definitiva para esbulhar o preso dos beneficios do *habeas-corpus*, si este foi expedido antes daquella, a não ser que tenha sido transportado para fôra da jurisdicção da côrte. O preso está garantido emquanto dentro da jurisdicção dos Estados Unidos.

As côrtes federaes tem sustentado o seu poder de examinar a ordem de extradicção partida pelo Secretario de estado, até o ponto de saber se foi expedida em hypothese precisa ou sobre exame de magistrado competente.

A respeito das funcções judiciaes e a expedição de *habeas-corpus*, vemos:

Nunca se levantou questão acerca do poder das côrtes de circuito e de districto e de seus respectivos juizes em expedirem ordem de *habeas-corpus* em casos de extradicção dentro dos limites de suas jurisdicções.

As secções 751 e 752 das leis revistas prescrevem os

poderes dessas côrtes para expedirem a ordem de *habeas-corpus*.

A jurisdição da suprema côrte dos Estados Unidos é que foi estabelecida pela Constituição e como excepção sómente a jurisdição de appellação.

Está estabelecido que, além das excepções mencionadas, a expedição da ordem é sómente como auxilio de sua jurisdição por appellação.

A hypothese pois de preso em procedimento de extradicação, não incide na jurisdição por appellação e a Suprema côrte dos Estados Unidos tem se recusado a expedir ordens em taes casos.

Esta côrte tem tambem, da mesma maneira e sob os mesmos fundamentos, negado a si o poder de ouvir e determinar os fundamentos de detenção de preso por ordem expedida por algum dos seus juizes em camara por analogia á pratica do banco do rei informavel a toda côrte.

Não póde haver conflicto entre a autoridade estadual e Federal.

Em um interessante e importante caso, o juiz de uma côrte de Estado em *habeas-corpus* assumiu a jurisdição de ouvir e decidir da legalidade da detenção de um preso, segundo a lei do Estado, não obstante, estar elle em prisão, em procedimento de extradicação para a Inglaterra, pelo Marshall dos Estados Unidos. Deu-se o caso em 1853 e o preso foi relaxado da prisão.

“A lei, diz Spear, na distribuição legal das funcções e sua execução entre o executivo e judicial do governo, assegura á parte accusada a maior certeza em que será entregue a governo estrangeiro sómente quando todas as condições necessarias forem preenchidas. O poder judiciario não póde entregal-o e o Presidente não póde fazel-o emquanto o judiciario não tenha decidido se é de soltura o caso e mesmo quando ainda possa rever e regeitar aquella decisão. Isso fornece ampla protecção contra qualquer abuso do poder da extradicação especialmente quando accrescentarmos que a ordem de *habeas-corpus*, como meio de apurar a legalidade dos processos, é sempre vantajosa á parte que se esforça por conseguil-a diante de sua actual entrega e remoção de seu paiz.”

A extradicação na Republica Argentina é regulada pelas disposições seguintes do Tit. V, “do procedimento

nos casos de extradicação de criminosos”, Cap. I, “do procedimento para a extradicação de criminosos com paizes estrangeiros” do Código de procedimentos criminaes:

Art. 646. A extradicação de delinquentes, seja solicitada pela Republica ou por ella concedida a pedido de outra Nação, sómente procede:

1º. Nos casos que determinem os tratados existentes.

2º. Na falta de tratados, nos casos em que seja procedente a extradicação, segundo o principio de reciprocidade ou a pratica uniforme das Nações.

Art. 647. Sómente o juiz que conhece da causa em que tiver sido processado o réo ausente em territorio estrangeiro, será competente para conhecer do incidente sobre extradicação.

Em caso de ser esta solicitada por governo estrangeiro, o juiz competente será o do domicilio da pessoa reclamada.

Art. 648. Havendo tratados, a extradicação será pedida ou concedida na fôrma e com os requisitos que elles prescreverem.

Na falta de tratados, a extradicação será pedida ou concedida por via diplomatica, de harmonia com o processo e condições que se estabelecem neste Código.

Art. 649. O Juiz que conhecer da causa, decidirá *ex-officio* ou a requerimento de parte, em resolução legalmente fundamentada, pedir a extradicação desde que pelo estado do processo e por seu resultado seja procedente.

Art. 650. Contra a decisão concedendo ou negando a extradicação, poderá interpôr-se o recurso de appellação, si fôr ella proferida por Juiz de primeira instancia.

Art. 651. Com a nota ou communicação em que se pede a extradicação quer pelas autoridades do paiz quer pelas estrangeiras, terá do remetter-se cópia authentica do acto que decretou essa diligencia e mais os seguintes documentos:

1º. A sentença de condemnação segundo a fôrma prescripta pela legislação respectiva, si se tratar de condemnado, ou o mandado de prisão expedido por Tribunal competente com a designação exacta e a data do crime ou delicto que a motivaram, si se tratar de um processado ou delinquente supposto.

Estes documentos se enviarão em original ou em cópias authenticas.

2º. Todos os dados e antecedentes necesarios para justificar a identidade da pessoa requisitada.

3º. A cópia authenticas das disposições legaes applicaveis ao dito accusado, segundo a legislação respectiva.

Art. 652. Quando o pedido de extradicação não se achar autorizado por tratado, o poder Executivo Nacional, com audiencia do Procurador Geral, resolverá a respeito.

Si a resolução fôr negativa, devolverá a requisição ao governo ou Juiz d'onde ella procede com cópia do parecer do Procurador Geral, e da resolução tomada.

No caso de julgar-se procedente a requisição, se dirigirá immediatamente ao Juiz da secção onde se encontre o refugiado, com todos os antecedentes, dando aviso ao governo estrangeiro interessado. Quando fôr pedida pelos Juizes da Republica, o poder Executivo Nacional dirigirá a nota que corresponde ao Governo da Nação onde se encontra o refugiado delinquente e disso avisará ao Juiz competente.

Art. 653. Passada a requisição de extradicação ao Juiz que deve conhecer della na Republica, ordenará este a detenção do refugiado qualificando-o dentro de 48 horas, com o fim de comprovar a identidade da pessoa e pondo-o immediatamente em liberdade si resultar haver procedido contra elle por erro.

Art. 654. Si a identidade da pessoa apparecer justificada por meia prova, ao menos, se intimará o preso para que designe um defensor letrado no praso de 3 dias, devendo o Juiz nomeial-o *ex-officio*, si elle demonstrar querer ultrapassar esse praso.

Art. 655 Na discussão de um pedido de extradicação, não será permittido pôr em duvida a validade intrinseca dos documentos produzidos pelo governo que faz a requisição devendo o exame limitar-se aos seguintes pontos:

1º. Identidade de pessoa.

2º. Exame das fórmulas extrinsecas dos documentos apresentados.

3º. Si o crime ou delicto se acha comprehendido em algum dos casos mencionados no art. 646.

4º. Si a pena applicada pertence a cathegoria de pena

que pelas leis do paiz requisitante corresponda ao crime ou delicto em questão.

5º. Si a acção penal ou a pena respectiva estão prescriptas, segundo as leis da Nação requisitante.

6º. Si a sentença ou o auto de prisão, na hypothese, foram expedidos por Tribunaes competentes do paiz requisitante.

Art. 656. O defensor do extradictado terá seis dias para apresentar sua defeza, da qual se concederá vista por outros seis dias ao Procurador da secção que será necessariamense parte em todo o incidente relativo á extradicação.

Art. 657. Si houver necessidade de comprovar alguns factos, será a causa recebida em prova, seguindo-se a respeito o que está prescripto neste Codigo.

Art. 658. Vencido o prazo probatorio e conclusos os autos, o juiz decidirá o incidente no termo de dez dias, declarando si é caso ou não de extradicação.

Art. 659. Da decisão do juiz haverá appellação para a Côrte Suprema, que, decidirá em espaço breve e definitivamente, dando vista prévia ao Procurador Geral.

O processo em original será enviado ao ministro das Relações Exteriores, ficando prova bastante, e remetendo-se a resolução ao governo requisitante.

Art. 660. Nenhum réo extradictado poderá ser julgado por delicto anterior ao que motivou a requisição da extradicação.

Si por causa do delicto anterior ao facto da extradicação descoberto posteriormente, se pedir autorisação para processar o individuo já entregue, o pedido que deverá vir acompanhado das peças do processo em que constam as observações do individuo accusado ou declaração firmada de que não tem nenhuma a fazer, será submettido ao juiz de secção que tiver sido ouvido no pedido de extradicação e de sua decisão haverá appellação.

Art. 661. O governo argentino poderá autorizar o transito por territorio da Republica de individuo extradictado que não seja cidadão argentino sem mais requisitos que a apresentação por via diplomatica da sentença condemnatoria ou do mandado de prisão correspondente.

Art. 662. Os tribunaes encarregados de julgar dos casos de extradicação terão tambem a faculdade de re-

solver si devem ou não entregar-se em todo ou em parte ao governo requisitante os papeis e outros objectos que se tiverem apprehendido do presumido delinquente.

Art. 663. Os pedidos emanados de autoridade estrangeira competente, em materia crime, nunca politica, seguirão por via diplomatica e serão transmittidos ás autoridades competentes.

Art. 664. Em caso de urgencia poderá dirigir-se directamente ás autoridades argentinas, que deverão proceder sem demora, desde que não estiverem em desaccordo com as leis da Republica.

Art. 665. As citações em causa crime, não sendo politica, para citar testemunhas domiciliadas ou residentes na Republica, não serão recebidas nem notificadas, senão debaixo da condição de que essas testemunhas não poderão ser perseguidas, nem presas por feitos ou condemnações anteriores, nem como cúmplices de delicto processado.

Art. 666. Si o individuo reclamado se achar processado ou condemnado por crime ou delicto commettido na Republica, a extradicação ficará parada até que se conclua o processado ou o termo de sua condemnação.

Art. 667. Quando o delicto que motiva o pedido de extradicação tenha uma pena menor na Republica, o réo processado não será extradictado senão debaixo da condição de que os Tribunaes do paiz que o reclama lhe imporem a pena menor.

Art. 668. Si o criminoso fôr reclamado por mais de um Estado ao mesmo tempo, será attendido com preferencia aquelle em cujo territorio tiver sido commettido o delicto maior, e sendo de igual gravidade apparente, o que houver reclamado em primeiro lugar.

Art. 669. Si o réo fôr cidadão argentino e preferir ser julgado pelos Tribunaes Argentinos, o governo da Nação requisitante, poderá ministrar aos ditos tribunaes todos os antecentes e provas do delicto afim que seja julgado de harmonia com as leis da Republica.

Art. 670. Na ordem da extradicação se comprehende naturalmente a entrega de todos os objectos que o accusado tiver furtado em paiz estrangeiro e que se acharem em seu poder ao tempo da prisão, e os que puderem servir de prova do delicto imputado.

Art. 671. Em caso de urgencia, os Tribunaes da Republica poderão ordenar a prisão provisoria de estrangeiro, á requisição directa das autoridades judiciais do paiz ligado á Republica por tratado de extradicção, sempre que se invoque a existencia de sentença ou ordem de prisão, e se determine com clareza a natureza do delicto porque está elle condemnado ou é perseguido.

O pedido poderá fazer-se por meio do correio ou do telegrapho, devendo dar-se aviso ao mesmo tempo por via diplomatica ao ministro das Relações Exteriores.

Os tribunaes que tiverem procedido á prisão poderão immediatamente dar conhecimento ao ministro das Relações Exteriores por intermedio do da Justiça.

Art. 672. O estrangeiro preso em virtude das disposições do artigo anterior, será posto em liberdade, si no fim de 15 dias tratando-se de um paiz limitrophe e de mez e meio tratando-se dos outros, não receber o governo argentino o pedido diplomatico de extradicção na devida fôrma.

Art. 673. A prisão provisoria de estrangeiro poderá ordenar-se tambem a pedido do ministro diplomatica até que cheguem os documentos necessarios para apresentar o pedido de extradicção e serão applicaveis a este caso as disposições dos dois artigos precedentes.

Art. 674. Todo o estrangeiro preso em virtude de pedido de extradicção poderá requerer sua liberdade provisoria sob fiança nas mesmas condições como si o delicto imputado tivesse sido praticado na Republica.

Além destas disposições o mesmo Codigo estabelece nos arts. 675 e 676 o processado ou as regras de extradicção dos réos condemnados ou processados pelos juizes de secção ou dos Tribunaes da Capital, refugiados nas outras provincias.

4º CASO

Da prisão para deportação.

A prisão para deportação deve ser entendida nos termos de expulsão de estrangeiro, sómente nos casos dos art. 400 e 403 do Codigo Penal.

Quantia nacional em caso algum é permittida.

O Sr. Souza Martins em seu livro sobre organização judiciária se manifesta.

“A deportação de estrangeiro por ocasionar a sua permanencia perigo para a tranquillidade publica ou quaesquer outros males, independente de processo e condemnação judiciaria é uma faculdade reconhecida não só no regimen anterior pela portaria de 6 de Novembro de 1822, annexa ao Aviso de 14 de Julho de 1828. Aviso de 4 de Novembro de 1833. Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, art. 98. Dec. n. 1.531 de 10 de 1855, art. 7º; como no actual regimen pelo Dec. n. 528 de 28 de Junho de 1890, arts. 1º a 3º e Codigo Penal arts. 400 e 403.”

O Supremo Tribunal se pronunciou por accordãos de 6 de Julho de 1892, de 21 de Junho de 1893, de 13 de de Dezembro de 1893.

A deportação de cidadão brasileiro é illegal. O Supremo Tribunal assim decidiu por accordão n. 80 de 5 de Setembro de 1891.

Bluntschli, obra citada, endoesando o *habeas-corpus* diz: “A detenção como medida de policia não póde entretanto ser completamente supprimida, especialmente do caso que diz respeito ás quarentenas, epidemias, loucos, vagabundos e mulheres publicas.

Mas converia precisar os casos afim de prevenir todo e qualquer abuso.

Do mesmo modo contra a fixação de lugar obrigatorio de residencia ou contra a expulsão do paiz.

Em regra, estas medidas não podem ser decretadas senão em virtude de uma sentença judiciaria; os paizes livres não as permitem á policia senão em casos muito excepcionaes.

O banimento se justifica principalmente a respeito daquellas pessoas que negam obediencia ao Estado e que ameaçam a tranquillidade publica.”

“Uma consequencia regular e natural do direito de liberdade pessoal, ensina Blackstone, liv. I, cap. I, é a que todo o inglez póde reclamar o direito de permanecer em seu paiz, enquanto queira, sem que delle o possam fazer sahir, a não ser por um julgamento legal. O Rei póde na verdade, em virtude do sua prerogativa real, passar uma ordem (*Writ*) *ne exeat regno*, e prohibir a

seus subditos de sem sua permissão sahirem para pais estrangeiro; medida que o serviço publico e a segurança da nação podem exigir.

Nenhum poder sobre a terra, porém, á excepção da autoridade do parlamento, póde enviar subdito inglez para fóra do paiz, contra sua vontade, mesmo sendo um criminoso; porque o exilio e a deportação são penas desconhecidas pela *common law*; e quando a ultima é applicada é, por opção do criminoso, para escapar da pena capital, ou segundo disposições expressas de algum acto moderno do parlamento.

Tambem a grande Carta, declara que nenhum homem livre póde ser banido senão pelo julgamento de seus pares, ou pela lei do paiz. E pelo *bill* do *habeas-corpus* de Carlos II essa segunda magna-carta de nossas liberdades, se diz que nenhum subdito do Reino, habitante da Inglaterra, do paiz de Galles ou de Berwick, será remettido como prisioneiro para a Escossia, Irlanda, Jersey ou Guernesey, nem a lugares de além-mar (onde não podiam gosar dos beneficios plenos e da protecção da *common law*); que taes prisões serão contra a lei; que, quem quer que seja que ousar, contra essa disposição, executar semelhante prisão, tornar-se-ha incapaz de occupar qualquer emprego, incorrendo na pena de *premunire*, e não poder gosar do perdão do Rei, emfim que a acção pessoal é reservada á parte lesada contra quem a fez prender, e contra seus agentes, factores e conselheiros; e que essas indemnisações lhe sejam pagas, além dos prejuizos, perdas e danos, que o jury não poderá fixar em menos de 500 libras.

A lei a esse respeito está concebida de maneira tão favoravel aos subditos, que, ainda que o Rei possa, no interior do Reino, exigir os serviços e subordinação de todos os seus vassallos, não póde comtudo enviar nenhum homem para fóra do Reino, mesmo em serviço publico, á excepção dos soldados e marinheiros, fundamentando necessariamente essa excepção a natureza de seu destino. Não póde mesmo fazer um lord-deputado ou lugar-tenente da Irlanda, nem envial-o em embaixada para o estrangeiro, contra sua vontade; o que seria, afinal de contas, um exilio honroso.

Vejamos o que nos ensinam os Americanos em relação ao geral deste artigo.

Uma das regras fundamentaes que deve ser seguida em dirigir uma petição para urna ordem de *habeas-corpus* é esta: estabelecer os factos. Apresentar á côrte ou a juiz factos bastantes na petição de modo a permittir firmar-se no caso uma decisão intelligente. (processo Nye)

As conclusões da lei devem ser evitadas. A geral allegação que a ordem de prisão é illegal, nulla e sem effeitos, expedida sem autoridade da lei, é uma mera conclusão della, assim não se dá em relação a demonstração dos factos. (processo Deny)

A petição deve demonstrar em que consiste a illegalidade da prisão assim devendo fazer pela exposição dos factos articulados. (processo Deny)

O paciente deve declarar na petição por que crime foi preso, quando exista, e a cópia da ordem de prisão do magistrado que o prendeu deve ser especificada. (processo Deny)

O paciente póde estar preso por dois officiaes ao mesmo tempo; e quando allegue que está na prisão pelo sheriffe, mas insinua a côrte que si ella o relaxar dessa prisão que o sheriffe o entregará a outro official, sob recibo, á requisição do governador que o aguarda, a côrte, não deve antecipar decisão de modo que determine a validade da ordem de prisão do governador. (processo Deny)

A petição deve expôr a prova dada perante o magistrado que procedeu a prisão, quando se tenha ella deduzido, afim da côrte deliberar avisadamente.

Quando assim não se tenha feito, a côrte deve presumir a favor da conducta do official que prendeu. (processo Klepper).

A petição que não contiver a narração dos factos como é prescripto pela lei, e fôr convenientemente verificada, não é posta em duvida porque falte allegar que o peticionario está illegalmente coacto em sua liberdade. (processo Champion)

Para se obter a redução de fiança por meio de *habeas-corpus*, a petição deve ser especialmente dirigida para esse fim. Allegar-se-ha que a fiança é excessiva. (Hernandez v. the Sate)

O tutor ou depositario, peticionario por *habeas-corpus*

para obter a guarda do pupillo deve fazer acompanhar a petição dos documentos de sua tutela ou guarda. (Gregg v. Wynn)

Quando a petição é feita por allegada falta de causa provavel devem ser exhibidos os depoimentos das testemunhas tomados deante do magistrado. (People v. Baker)

DO MANDADO DE PRISÃO

Como assumpto dependente vejamos os requisitos do mandado de prisão.

A todo o preso deve o juiz ou executor da prisão entregar a nota de culpa ou razão da prisão.

O art. 13 da lei 2.033 de 1871 determina que o mandado de prisão deve ser passado em duplicata.

Este mandado substitue a nota de culpa em interpretação do art. 28 do Regulamento de 1871 e aviso de 30 de Outubro de 1874.

O executor do mandado entregará ao preso, logo depois de effectuar a prisão, um dos exemplares do mandado com declaração do dia, hora e lugar, em que ella se effectuou e exigirá que declare no outro havel-o recebido.

Recusando-se o preso a fazer a declaração disso lavrar-se-ha um termo.

Nesse exemplar do mandado, o carcereiro passará recibo da entrega do preso com declaração do dia e hora.

Aos presos em flagrante delicto o Codigo do Processo no art. 148 estabelecia:

“A qualquer que fôr preso sem culpa formada, dentro de 24 horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, villas ou outras povoações proximas aos lugares remotos dentro de um prazo razoavel, proporcional á distancia daquelle onde foi commettido o delicto, contando-se um dia por cada tres leguas, o juiz por uma nota por elle assignada, fará constar ao réo o motivo da prisão, os nomes de seu accusador e os das testemunhas, havendo-as.

Entender-se-hão por lugares proximos a residencia do juiz todos os que se comprehenderem dentro do espaço de duas leguas.”

Para ser legitima a ordem de prisão o art. 176 do Código do Processo e art. 32 do Decreto de 1871 estabeleciam.

E' necessario:

- a) que seja dada por autoridade competente;
- b) que seja escripta por escrivão, assignada por juiz ou presidente do Tribunal que a emittir;
- c) que designe a pessoa, que deve ser presa, pelo seu nome, ou pelos signaes caracteristicos, que o façam conhecida ao official;
- d) que declare o crime;
- e) que declare o valor da fiança, quando o crime fôr afiançavel;
- f) que seja dirigida a official de justiça.

Conhecidos os requisitos da legitimidade da ordem é necessario que se conheça dentro de que limites ou extensão é ella cumprida.

Os mandados de prisão são cumpridos sómente dentro do lugar da jurisdição do juiz que os emittiu. Tal é a disposição do art. 177 do Código do Processo.

Si o delinquente existir em lugar onde não possa ter execução o mandado, se expedirá uma deprecada ou precatoria.

Tal é a disposição do art. 178 do Código do Processo.

Quando o delinquente existir fóra do Estado, requisitar-se-ha a extradicação nos casos e fórmula estabelecidos.

Quando, porém, se tratar de individuos incursos em crime sujeito á competencia da justiça federal, não ha necessidade de extradicação. Tal é a disposição dos arts. 7º § 3º e 60, § 2º da Constituição da Republica.

Na Republica Argentina a ordem de prisão é regulada.

Art. 373. A ordem de prisão conterà:

- 1º. O nome do juiz que a ordena.
- 2º. A pessoa ou autoridade a quem se encarrega da prisão.
- 3º. O nome, appellido ou sobrenome do réo supposto, meio de vida, profissão ou classe, nacionalidade, domicilio e mais signaes geraes e particulares que constem ou se houver adquirido, afim de designal-o clara e distinctamente.

5.º O lugar para onde o réo tem de ser conduzido.

6.º Si fica ou não incommunicavel.

Art. 374. Quando a detenção de alguém tenha de effectuar-se em jurisdição distincta, se officiará ou requisitará da autoridade do lugar onde elle resida, sendo transcripto o despacho em que se ordena a detenção ou prisão.

Nos casos de urgencia poderá usar-se da via telegraphica.

Art. 375. Si o processado se achar em paiz estrangeiro deverá proceder-se a sua extradicação de harmonia com os tratados e na falta com os usos internacionaes.

Ouçamos o que nos ensina Blackstone:

“Um mandado geral para prender qualquer pessoa suspeita, sem mencionar especialmente ou designar em particular individuo certo, é illegal e nullo, carecendo de applicação certa. E a razão está no dever que o magistrado tem de julgar do fundamento da suspeita e nesse particular não póde referir-se ás razões que tenha o official de paz ou outro agente.

Uma ordem para prender o culpado de um crime que nella não está especificado, não é uma ordem legal; porque o ponto sobre o qual repousa a autoridade dessa ordem, é um acto a decidir-se em exame subsequente de jurados, a saber-se, si a pessoa detida em consequencia da ordem, é ou não, realmente o culpado.

Não é no facto, mandado, autorização porque não justificaria o official de paz que agisse nessa conformidade, emquanto que uma ordem convenientemente redigida (mesmo que o magistrado que a concedesse, tivesse excedido poderes) garante, o que acontecer, ao official que a executa sendo-lhe encarregado; e quando esse official recebeu semelhante ordem, é obrigado a executal-a em sua alçada até onde se estendam suas funcções e a jurisdição do magistrado.”

Quanto á extensão dos poderes do mandado ainda ensina Blackstone.

“Uma ordem do *chief-justice* ou outro qualquer juiz da Côrte do Banco do Rei, é executada em todo o Reino, datado, da Inglaterra, e não de um condado especial, como de Oxfordshire, etc.

O mandado de um juiz de paz, porém, de um con-

dado, tal como de Yorkshire, por exemplo deve ser visado por um outro juiz, no condado, por exemplo de Middlesex, para que ahi possa ser executado.

Outr'ora, em rigor, precisava um novo mandado em cada condado, o uso porém, de visal-o no verso tem por muito tempo prevalecido sem estar fundado em lei e afinal foi autorizado por um estatuto.

Hoje toda a ordem de prisão contra inglez que se refugiou na Escossia ou Irlanda e vice-versa, póde ser visada no verso e executada pelos magistrados do lugar e o accusado ser conduzido para a parte do Reino-Unido em que o delicto foi commettido.”

Quando tratarmos da expedição da ordem de *habeas-corpus* ainda veremos quaes os casos de jurisprudencia inglesa e americana.

Por enquanto podemos mostrar diversos casos que nos são enumerados por Church, quando se refere ás diversas materias concernentes á petição ou emprego da ordem de *habeas-corpus*.

Quem lançar mão da ordem de *habeas-corpus ad subjiciendum* deve, se recorrer a favor de outrem, fazer uma declaração jurada, ou demonstrar que existe uma coacção, mas que se lhe negou a cópia da ordem. (causa Child e outros)

A declaração, porém, não é da essencia da ordem, e em casos de necessidade urgente, ella póde ser expedida sem declaração jurada do facto, sendo concedido ao preso depois fazel-a. (State v. Philfot. Dudley (Ga.))

Na petição para *habeas-corpus*, o impetrante deve apresentar a cópia da ordem de prisão ou declaração jurada de que o carcereiro negou-se a dar-lhe a cópia. (Sweatman e Harrison's Case)

Examinemos agora o assumpto da ordem de prisão quer na Inglaterra, quer nos Estados Unidos.

Na Inglaterra as ordens de prisão em termos geraes são consideradas illegaes. (Black, Money v. Leach)

Nos Estados Unidos as ordens de prisão estão sujeitas á seguinte restricção constitucional: “O direito do povo em estar seguro em sua pessoa, casa, papeis e effeitos contra desarrasoaveis buscas não póde ser violado; e nenhuma ordem de prisão será expedida, senão sob causa provavel, sustentada por juramento ou affirmacção, indi-

cando particularmente o lugar da busca, pessoas e cousas que devem ser apreendidas. (Addendo IV á Constituição dos Estados Unidos)

A palavra “ordem” em seu primitivo sentido, significa simplesmente “poder”. (2 Rap. & Law. Law Dict. 1345)

E’ um mandado escripto, expedido pelo proprio magistrado e dirigido a designado official ou pessoa diversa, ordenando-lhe prender o indigitado offensor e leval-o perante á autoridade para responder pelo crime. (Rob. Elm. Law. sec. 480)

E’ obrigatorio que a ordem seja dirigida a algum official autorizado a executal-a e que o official seja o condestavel do *precinct* ou condado onde deve executar, porque nenhum outro condestavel e a *fortiori* nenhum individuo é obrigado a executal-a. (2 Chilty’s Bla. com. b. 4 p. 236)

Póde tambem ser dirigida a individuo particular designando se o nome. Neste caso a pessoa indicada tem um poder co-participante com quem o conferiu. (*Case of the Village of Cholrey* e outros)

Póde ser dirigida a uma pessoa, não em seu nome como individuo, mas na qualidade de seu character official. (Ch. Crim.)

Póde tambem ser dirigida aos officiaes, ou por seus nomes particulares, ou na qualidade de seus officios, e, neste caso, o official póde executar a ordem em qualquer lugar que seja dentro da jurisdicção do magistrado que a expediu; e em ultimo caso, nunca além dos limites de seu officio.

Os magistrados devem ser cautelosos em dirigir suas ordens de tal maneira que as partes affectadas por ellas possam saber si os officiaes estão autorizados a executal-as, porque “conforme a extensão do poder do official” diz o juiz Bayley “sua morte póde ser assassinato, homicidio casual ou talvez homicidio justificavel.” (Ch. Crim.)

A troca de nome da pessoa em processo em que a prisão é feita sujeita seus autores a uma acção de “falsa prisão.” (Scott v. Ely e outros)

A ordem deve conter toda a extensão do poder a quem é dirigida para effectuar a prisão porque uma simples autorisação, licença ou permissão não é ordem perante a lei.

A direcção é uma parte essencial de toda a ordem e a menos que não seja dirigida ás pessoas já mencionadas, não é propriamente uma ordem completa.

A pratica de dirigir ordens a outrem que não aos officiaes não deve ser seguida.

Quando na direcção do corpo da ordem succede “dirigir-se ao sherife ou outro condestavel do condado” em que residam magistrados, o poder para executar a ordem não póde ser conferida a quem não seja official, por um simples endosso no verso della, assignado pelo juiz “autorisando e dando poder” a designada pessoa para prender o indigitado e leval-o perante a justiça. O endosso não é uma direcção e a ordem não protege a quem effectuar uma prisão com ella. (Abott v. Booth)

O NOME DO INDIGITADO

A ordem deve nomear ou de outro modo descrever a pessoa contra quem ella é expedida. (Ch. Crim)

O nome não deve ser deixado em branco para ser preenchido depois, ainda que possa ser inserido antes da entrega da ordem ao official.

Si o nome do indigitado fôr desconhecido, a ordem póde ser expedida contra elle com a melhor descripção que a natureza do caso permitir; por exemplo: uma individualidade cujo nome não é sabido, cuja pessoa porém é conhecida e que se emprega em guiar o gado, ou usa de um distico n. 573, etc. (Halle P. C. 577)

Uma ordem para prender “João Doe ou Ricardo Roe, cujo verdadeiro nome é desconhecido” sem outra qualquer qualidade ou meios de identidade do nome do indigitado, é nulla. (Commonwealth v. Crotty)

A prisão de alguém por nome errado não se póde justificar, ainda que seja a pessoa procurada, a menos que se demonstre que é conhecida tão bem por um como por um outro nome. (Mead v. Haws e outros)

O Supremo Tribunal Federal por accordão n. 933 de 16 de Dezembro de 1896 decidiu:

“E’ negado provimento ao recurso, porque sendo o crime de que se trata imputado a um individuo de appellido diverso do nome que usa o recorrente, processado como o proprio individuo conhecido por esse appellido,

não foi pelo recorrente provada a falta de identidade da pessoa.”

Accordão n. 834 de 30 de Outubro de 1895: “E’ illegal a prisão quando se contesta e não se prova a identidade da pessoa processada e condemnada á revelia, contra quem foi expedida a respectiva ordem.”

A ordem deve ser para prender pessoa certa porque de outro modo é nulla visto como o magistrado e não o official, é que conhece do fundamento da suspeita. (Money v. Leach e outros)

A prisão de uma pessoa não se pôde justificar por ordem escripta expedida contra outra pessoa. (Shadgett v. Clipson)

O processo em seu curso deve autorisar a prisão, ou será ella nulla. (Griswold v. Sedgwick)

DESIGNAÇÃO DO CRIME NA ORDEM DE PRISÃO

E' regra geral que a violação da lei penal deve ser declarada na ordem de prisão sob razoavel certeza.

A côrte de appellação da Carolina do Sul deu a definição legal verdadeiramente clara a respeito da fórmula e effeitos da ordem de prisão dos magistrados.

“E' grande engano, diz o juiz Earle, suppôr que uma ordem de apprehensão, ou uma ordem de prisão, precise conter qualquer exposição da prova em que se funda, ou innumerar algum dos factos e circumstancias que acompanharão o crime.

Elevadas autoridades ha que sustentam a desnecessidade da especificação do crime em particular. A melhor opinião, porém, assim como a pratica mais geral e seguida, é, que se deve declarar a infracção da lei com certeza conveniente.” (Dudley)

Deve ser declarada causa provavel perante o magistrado para este poder expedir ordem de prisão contra o indigitado. Isto é “um fundamento razoavel de suspeita, sustentado por circumstancias bastante poderosas em si para autorizar um homem cauteloso a acreditar que o accusado é autor do crime que lhe é imputado.” (Mumes v. Dupont de Nemours).

Isso porém não precisa ser detalhadamente declarado

na ordem. A causa indicada na ordem deve ser justa (good cause) e estar estabelecida com certeza. (causa Burford)

Si a ordem de *habeas-corpus* tiver sido obtida de prisão sob suspeita e sem ordem especial, diz Hurd, devem ser dadas provas em que se funde essa suspeita porque de outro modo o paciente será relaxado.

A substancia da queixa deve ser inserida ao corpo da ordem ou equivale ao mesmo a ordem referir-se “ao crime descripto na queixa” escripta no mesmo papel annexo. (Commonwealth v. Dean e outros)

JURAMENTO E SELLO DA ORDEM

Pela mais antiga *common law* um juiz de paz podia expedir ordens e mandados sem juramento, se bem que diga Lord Holt “elle não anda bem avisado se jurar, porque então deve explicar a causa da prisão em seu beneficio; porém se o juramento não foi feito, elle está salvo” (Hawk).

A recente doutrina do banco do Rei, todavia, é que o magistrado não tem poder para expedir ordem de prisão sem juramento. (Candle v. Seymour)

Muitas constituições e leis dos Estados da União Americana tem estabelecido a questão que as ordens de prisão devem ser expedidas sob causa provavel sustentada por juramento. (Walker v. Cruikshank)

A prova usual e conveniente do juramento é a attestation do magistrado em relação a queixa “dada e declarada perante mim” o que é bastante (State v. J. H.)

A ordem de prisão deve ser assignada pelo official que a expedir e será nulla se della não constar a assignatura.

Com o sello ou não do juiz, é questão que não altera a ordem. “Está geralmente estabelecido, diz Chitty, (Ch. Crim.) que a ordem é obrigada a ser pela mão e sello do juiz que a faz; parece, porém, sufficiente se fôr escripta e por elle assignada, sendo o sello sómente exigido nos actos particulares do Parlamento (Redfield v. Cabell).

No Estado em que a lei prescreve o sello, elle deve ser observado, naquelle porém em que tal requisito não se prescreve, é elle desnecessario. (State v. Vaughn)

Respeitaveis autoridades existem que julgam essencial o sello na expedição da prisão pelo magistrado e quando não existe elle a ordem é nulla. (Stat. v. Worl.)

A segunda parte da disposição refere-se ao caso de “não se ter realizado a violencia e sómente della temer se.”

Trata-se, pois de ameaça ou imminencia della e então o impetrante só póde apresentar ou aduzir razões em que se funda por temer o mal.

A disposição é consequencia da maior latitude que a lei 2.033 deu a do Codigo do Processo.

E’ assim que esta lei no art. 18, § 1º estabeleceu: “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado.”

Depois do Dec. 848 que consagrou este principio veio a Constituição que no art. 72, § 22 confirmou essa doutrina: “ou se achar em imminente perigo de soffrer.”

O impetrante forçosamente ha de apresentar razões da illegalidade, assumpto que constitue a exigencia mesmo quando se realize a violencia ou coacção e que constitue materia da disposição que se segue.

a) os motivos da persuasão da illegalidade da prisão ou do arbitrio da ameaça.

Esta disposição que constitue igual letra do art. 46 do Dec. 848 é a mesma do § 3º do art. 341 do Codigo do Processo com a largueza do § 1º do art. 18 da lei 2.033.

E’ a exposição de motivos em que o paciente por si ou o impetrante por outrem fundamenta as razões que a favor de seu direito concorrem para que seja expedida ordem de *habeas-corpus*.

Em relação á prisão, como em tempo vimos, a lei estabelece os casos em que ella se julgará illegal.

Em relação a coacção ou ella se prende a algum dos casos era que a prisão é illegal, ou ella é em si uma illegalidade ou consequencia de abuso de poder.

Forçoso é mais uma vez repetir o que definimos, o *habeas-corpus* tem justo emprego desde que houver violencia ou coacção ao direito civil da liberdade pessoal.

Não está sómente circumscripto aos casos crimes como se julgava.

Diante, pois, da violencia ou coacção, exceptuados os casos de propriedade e posse, e não havendo um meio juridico immediato que garanta o direito consagrado inviolavel é a hypothese de lançar-se mão delle.

As razões da illegalidade ou do abuso do poder devem apparecer diante do caso dado, desde que firam principios de direito constitucional, civil ou criminal.

Ao juiz ou Tribunal que tem de conhecer da petição compete examinar essas razões e aquilatar do seu merecimento.

A lei em toda a parte dá-lhe o poder discricionario de pesar essas razões por um lado, o interesse da lei por outro, isto é, a defeza da sociedade.

A respeito deste requisito ensina o Sr. Pimenta Bueno:

“E' circumstancia essencial porque, si prima facie conhecer-se que a prisão é legal, fôra inutil, incommodo e porventura dispendioso, no caso de viagem necessaria para apresentação do detido, fazel-o comparecer. Si bastasse requerer para obter o *habeas-corpus* sem fundamento razoavel, então um assassino, um ladrão teria sempre liberdade provisoria, ou ao menos interrupção de prisão, embora houvesse de voltar logo para ella.”

Taes são os fundamentos em que será ou não expedida a ordem de *habeas-corpus*.

ART. 14

A petição de *habeas-corpus* deve ser assignada por quem a solicita para si ou para outrem.

O art. 46 do Dec. 848 não faz menção da assignatura da petição.

Não atilamos a razão dessa omissão. Por inutil não podemos suppôr.

O art. 341, § 4º do Codigo do processo exigia não só a assignatura como o juramento sobre a verdade de tudo quanto se allegasse na petição.

Que não fosse exigido o juramento depois do decreto que separou a Igreja do Estado, comprehende-se; mas não fallar na assignatura, quando ella authentica o allegado,

acreditamos que devemos-a exigir como o art. 341, § 1º por não ser contrario ao systema na fórmula do art 83 da Constituição.

Do mesmo modo em lugar do juramento a afirmação da verdade não prejudica, pelo contrario confirma o allegado.

Corresponde ao que os inglezes e americanos chamam *affidavit* ou declaração jurada, como anteriormente temos visto e mesmo quando se allega que deu-se denegação da cópia da ordem de prisão.

ART. 15

A autoridade judiciaria, dentro dos limites de sua jurisdição, á vista de uma tal petição convenientemente formulada e fundada, examinado que seja o caso, deve, dentro de duas horas, mandar passar a ordem de *habeas-corpus*, salvo constando evidentemente que a parte nem póde obter fiança, nem por alguma outra maneira ser alliviada da prisão.

Chegamos á culminancia de toda a instituição.

Pela importancia da materia e complexidade dos assumptos, a regra de direito que ora analysamos precisa ser dividida em tantas questões quantas ella encerra.

1.º A razão porque dizemos autoridade judiciaria.

2.º Dentro dos limites de sua jurisdição.

3.º A vista de uma tal petição convenientemente formulada.

4.º Fundada.

5.º Examinado que seja o caso.

6.º Deve mandar passar a ordem de *habeas-corpus*.

7.º Dentro de duas horas.

8.º O que é a ordem e todas as questões que a ella se prendem.

9.º Salvo constando evidentemente:

a) que a parte nem póde obter fiança;

b) nem por alguma outra maneira ser alliviada da prisão.

O fundamento legal desta disposição é o art. 342 do Codice do processo, visto como as leis da Republica, como o Dec. 848 e 221 nada reformaram nesse processado.

1ª QUESTÃO

Usamos da expressão “autoridade judiciaria” porque só aos membros superiores do poder judiciario deve ser attribuida a competencia de conhecer do recurso do *habeas-corpus*.

Era esse o pensar do Imperio em face do art. 19 da lei 2.033 de 1871 terminando para sempre as duvidas levantadas pelo art. 69, § 7º da lei de 1841 entre autoridades judiciais e traçando a linha divisoria entre policia e o poder judiciario, de modo que a superioridade hierarchia só podia dar-se entre os seus membros do menor para o maior, na attribuição de conhecer do recurso do *habeas-corpus*.

Demais essa expressão abrange tanto o juiz como tribunal, quer na orbita da Justiça Federal, quer da Justiça local dos Estados.

2ª QUESTÃO

“Dentro dos limites de sua jurisdição”.

A importancia dessa questão dispensa maiores commentarios desde que é principio conhecido por todos que o poder conferido pela lei só póde ser exercido dentro do espaço territorial em que lhe foi determinada a jurisdição.

Este principio tem immediata applicação quer na Justiça da União, quer na dos Estados.

Quando tratamos da petição originaria ou por meio de recurso vimos qual a competencia da Justiça Federal.

O Supremo Tribunal Federal exerce seu poder em todo o territorio da União.

Cada juiz de secção, dentro dos limites de sua secção que é o Estado.

E' preciso dizer que este principio póde ser modificado quando o Congresso entender dividir o Estado em mais de uma secção.

Quando tratarmos da prisão illegal por Incompetencia do juizo, veremos esta materia sob este e mais pontos de vista.

Nos Estados a mesma regra deve ser adoptada em suas leis de organização.

No Estado do Rio de Janeiro por exemplo são competentes para conceder a ordem de *habeas-corpus*:

- a) o Tribunal da Relação, em todo o Estado;
- b) o juiz de Direito, na comarca em que exercer jurisdição.

Tal é o que determinam os arts. 199 e 204 da lei 43 A de 1 de Março de 1893 que organizou o Estado e na Consolidação das leis do processo criminal, art. 646, por nós feita.

Na Justiça do Districto Federal são competentes para conceder a ordem de *habeas-corpus*:

a) o conselho supremo da côrte de appellação (art. 138 n. II do Dec. 1.030 do 1890), em todos os casos legaes e privativamente (salvo a competencia do Supremo Tribunal Federal) quando o preso ou constrangido estiver á disposição do Tribunal Civil e Criminal, chefe de policia, juiz dos Feitos da Fazenda Municipal, ou primeira autoridade administrativa do districto. (art. 135 n. I do decreto citado.)

b) todos os juizes do Tribunal Civil e Criminal. (art. 99 do decreto citado.)

c) o juiz dos Feitos da Fazenda Municipal, (art. 81 n. 3 do decreto citado.)

Assim sómente “dentro dos limites de sua jurisdição” poderão as autoridades judicarias conceder a ordem de *habeas-corpus*.

Das prisões requisitadas por precatoria desde que cumpridas conhece a autoridade deprecante.

Vejamos na União Americana a questão de jurisdição territorial.

A justiça federal nos Estados Unidos da America do Norte, quanto a jurisdição territorial, divide-se em:

- a) uma Suprema Côrte;
- b) nove circuitos;
- c) 55 districtos.

Já vimos as attribuições da Suprema Côrte.

Os nove circuitos em que é dividido o territorio da União, tem cada um delles o seu juiz. Cada circuito tem a sua côrte que se compõe do juiz respectivo, do juiz do

districto e de um membro da Suprema Côrte, que é seu presidente.

A côrte de circuito pôde funcionar com o juiz de circuito sómente, ou sómente com o juiz da Suprema Côrte, ou com ambos juntos, ou com um ou outro com o juiz districto, em cuja séde se ache temporariamente a côrte de circuito, ou com o juiz de districto sómente, ou finalmente com os tres funcionado juntos.

A côrte de circuito funciona em cada districto de cada circuito successivamente.

A lei exige que todo o juiz da Suprema Côrte estacione em cada districto de seu circuito uma vez de dois em dois annos.

Em cada um dos 55 districtos ha um juiz especial.

Um Estado constitue ordinariamente um districto, mas os Estados mais populosos são divididos em dois ou tres.

A jurisdição das côrtes de circuito e de districto é limitada por suas respectivas divisões geographicas.

A razão disto é evidente. Si assim não fosse, a côrte de um districto interviria em outro, assim como estenderia sua jurisdição sobre as pessoas além dos limites de seu districto resultando attritos de jurisdição entre as differentes côrtes, que não se resolveriam facilmente, trazendo da mesma sorte aos litigantes posição intoleravel (U. S. Reviw Stat. secção 752, ante. secção 59)

Qualquer juiz da Suprema Côrte, porém, pôde, em ferias, expedir uma ordem de *habeas-corpus* em qualquer caso em que a Suprema Côrte o possa fazer. E quando o fim é rever um acto de official ou côrte inferior, o juiz expedindo a ordem pôde, dirigir o caso ou referil-o á toda a côrte para decisão. (v. Clarke)

A jurisdição deve ser declarada, assim como a ordem não deve ser expedida como materia de processo. “E’ verdade, diz o juiz Davis, no processo Milligan, que é uso na côrte, expedir a ordem e nas informações dirigir o caso; a côrte, porém, pôde desde logo, sob os factos expostos na petição e levado o paciente perante ella, relaxal-o da prisão.”

Assim quando a causa da prisão é clara tanto na petição como nas informações a côrte não é obrigada a expedir a ordem si ella se convence que o preso deve ser enfiado á prisão. (4. Wall. 2; Milburn)

Quando a lei confere poder a certos funcionarios para expedir a ordem em casos especificados, é obrigado a estar claro na ordem e tambem na petição, que o caso está contemplado no poder dado a tal funcionario ou magistrado para tomar conhecimento. Tem isto por fim uniformisar a pratica, não affectando, porém a validade da ordem. (Cam. v. Moore)

Na Republica Argentina são competentes para conhecer do recurso:

Os juizes federaes, os do crime da Capital e os dos territorios nacionaes.

3ª QUESTÃO

A petição deve ser convenientemente formulada.

Si, pois, a petição não tem os requisitos exigidos pelo art. 46 do Dec. 848, o Presidente do Tribunal ou o juiz deve mandar preenchê-los para dar seguimento legal.

Tal é doutrina que se vê do art 65, § 1º do Regimento do Supremo Tribunal Federal como dissemos com força de lei *ex-vi* do art. 83 da lei 221 de 20 de Novembro de 1894.

Tal regra deve ser seguida tambem no juizo das secções da Justiça Federal.

Igual doutrina deve ser aceita pela lei processual dos Estados como a mais concentanea com os principios de Justiça.

E tanto é assim que a simples rejeição ou indeferimento *in limine* constitue caso de recurso para a Justiça Federal como se vê da letra *a* do paragrapho unico do art. 23 da lei 221 citada, que se exprime:

“O mesmo recurso tambem cabe, quando o juiz ou Tribunal se declarar incompetente, ou por qualquer motivo se abster de conhecer da petição.”

A favor de nossa opinião temos ainda o elemento historico. Os arts. 36 do Regulamento de 3 de Janeiro de 1833 e 81 do decreto de 4 de Março de 1874 obrigavam o preenchimento de formalidades preteridas.

A doutrina dos juizes e côrtes inglezas e americanas é a mesma quando elles estabelecem quer a verificação

da petição quer a penalidade em recusar a ordem, porque a tanto equivale o indeferimento.

Quer pela *common law* assim como pelo estatuto 31 de Carlos II era exigida uma declaração jurada (*affidavit*) das circunstancias sob as quaes o impetrante foi preso, exceptuado o caso em que a parte está coacta como no caso da Venus Hottentote. (*in re Canadian Prisoners*, 7 Dowl. P. C. 208)

A lei do *habeas-corpus* dos Estados Unidos exigia que a queixa fosse verificada e na maior parte dos Estados ha previsões estadoaes exigindo que a petição deva ser verificada. Parece que a ordem póde ser comprovada por um testemunho incompetente, assim como a ordem subsiste, não como materia de prova, porém como principio para procedimento futuro. (De Lacy v. Antoine)

Pelo estatuto de Carlos II os officiaes autorisados a conceder a ordem estavam sujeitos a uma penalidade por negarem na quando deviam concedel-a.

Não ha multa pecuniaria desta ordem na lei dos Estados Unidos, porém, ha nas leis de muitos Estados.

Pela *common law*, a ordem de *habeas-corpus* era uma ordem privilegiada, expedida não como termo essencial ou subordinado de processo; além de ser uma ordem de direito com fundamento particular sendo explicada pela prova. Os tribunaes judiciais, tendo adquirido jurisdição da ordem, tem poder para decidir, bem ou mal, adstrictos ás regras estabelecidas pelos principios e precedentes.

Nas côrtes federaes dos Estados Unidos foi estabelecido que a petição para a ordem, devidamente apresentada, é o inicio de uma causa a favor do preso e que a acceitação ou denegação do processo, bem como a faculdade subsequente de dispôr do preso, é materia de lei e não de arbitrio. (processo Milligan)

Nas côrtes dos Estados, porém, diz-se, que nenhum poder é judicial que não envolva arbitrio, o direito de conceder ou negar, de harmonia com o que o funcionario julgar de direito ou justiça e de conformidade com as leis da terra. E quando a penalidade está ligada á recusa da ordem, sob especial applicação, por um juiz em ferias ou em Camara, a tendencia parece ser considerar o acto da expedição como meramente subordinado.

Assim foi dito pelo *Chief-Justice* Kent, em New-York, antes da revisão das leis de 1830, que sómente quando o chancellor ou juizes negavam a ordem em simples character subalterno é que não eram responsáveis pela penalidade. A admissão da ordem em férias, diz elle, não é um acto judicial. O chancellor e juizes podem recusar tal ordem, a seu arbitrio, só pedida em tempo marcado, e a penalidade não os attingia. (Yates v. Lausing)

Esta é presentemente a lei na California. (Processo Ellis.)

A lei, porém, de Nova-York, que é a entendida em outros Estados, é que quando a obrigação do estatuto pertence ás côrtes em tempo marcado, bem como aos juizes em férias e em Camara, para conceder *habeas-corpus* em petição legal, a expedição da ordem é um acto subordinado e não judicial. (People v. Nash.)

Por taes estatutos, não se póde esperar que côrtes ou juizes recusem a ordem quando ha pretexto para pedir, assim como a penalidade ligar-se-hia quando a recusa procedesse da mais honesta duvida; não obstante o acto quer seja judicial ou subordinado parece depender clara e justamente de sua natureza. (Crowley's Case)

No caso em que o estatuto não exige a expedição da ordem, o juiz não está sujeito à penalidade, negando-o. (Williamson v. Lewis)

4ª QUESTÃO

“e fundada.”

A petição deve ser fundamentada.

Quando tratamos dos requisitos da petição, já vimos que ella deve ser acompanhada da cópia da ordem de prisão, ou da nota constitucional e na falta, da declaração que requerida, fôr denegada.

Vimos mais que os motivos da illegalidade deviam ser articulados.

E' claro que sem fundamento articulado de “violencia ou coacção” a ordem não deve ser expedida, que sem justa causa, ou como dizem os Inglezes “sem causa provavel”, ou *good case* como definem os Americanos e adiante daremos outro desenvolvimento, não póde ser concedida.

Quanto ao valor da prova quando dissermos da decisão diremos do merecimento de cada especie.

O Supremo Tribunal por accórdão n. 800 de 12 de Junho de 1895 decidiu: “Não se toma conhecimento da petição de *habeas-corpus*, quando esta não se achar devidamente instruída.”

Igual doutrina estabelece o accórdão de n. 827 de 11 de Setembro de 1895.

E' assim que Blakstone já ensinava.

“No banco do rei e no Plaid-commons, era necessario, para se obter uma ordem, apresentar á côrte uma exposição particularmente motivada para esse effeito, assim como no caso das outras ordens, em virtude da prerogativa, taes como *de certiorari*, *de prohibition*, *de mandamus*, etc., que não deviam ser concedidas, como de puro uso, e sem que se estivesse exposto algum motivo provavel ao recurso extraordinario da parte para com o poder da corôa. E assim, seguindo o raciocinio de lord Waughan, *chief-justice* (Bushel'case) “concede-se uma similhante ordem sobre exposição motivada, porque não é segundo o uso ou as formulas sómente, que ella é concedida e por conseguinte não ha obrigação para que ella o seja, porque a côrte deve ter a prova que a parte tem razões provaveis que podem actuar para que ella a conceda.”

E isto parece tanto mais razoavel, que uma vez concedida, a pessoa a quem é dirigida não se póde dispensar, por excusa alguma admissivel, de satisfazer a ordem apresentando o paciente, de sorte que essa ordem se fosse concedida segundo simples pratica, sem que em côrte ou perante o juiz se produzisse motivo razoavel para ser concedida, um traidor ou malfeitor devendo incorrer na pena de morte, um soldado ou marinheiro ao serviço do rei, uma mulher, uma criança, um criado ou parente, asylados por loucura, ou por qualquer outro motivo de prudente precaução, podiam obter um relaxamento temporario, por intermedio do *habeas-corpus* ainda que estivessem seguros que posteriormente seriam reenviados ao mesmo lugar, logo que tivessem comparecido perante os juizes.

Tambem lord Ed. Coke, então *chief-justice*, não teve escrupulo, no 13 reinado de Jacques I, em negar um

habeas-corpus a um individuo que a côrte do almirantado tinha feito prender por pirata, em cuja exposição se demonstrava que sua prisão estava sufficientemente fundada.

De outro lado, si se póde estabelecer de uma maneira provavel que um individuo foi preso sem causa legitima e por conseguinte com direito a ser livre, a ordem de *habeas-corpus* é então uma ordem de direito “que não póde ser negada, que deve ser concedida a todo homem preso ou detento em prisão, ou retido de qualquer maneira, ainda que á ordem do Rei, ou do conselho privado, ou de qualquer outra autoridade.”

5ª QUESTÃO

“examinado que seja o caso”

Este principio é o estabelecido pela moderna pratica ingleza e americana.

E’ o exame, o arbitrio que a lei dá ao juiz de pesar as razões apresentadas e não estar obrigado a expedir a ordem sempre que se lhe tenha sido impetrada.

A principio assim se pensou. Hoje, porém, depende de uma somma de requisitos que temos expostos e encontram desenvolvimento em todo este trabalho.

E’ costume dizer-se que o *habeas-corpus* é a ordem direito, não porém, termo do processo, desde que demonstra motivo.

Ella é a mais alta e importante ordem, e expedida peremptoriamente, é verdade como materia de direito, sob fundamentos, porém, quer na *common law* quer pelos estatutos. Não póde ser concedida sem exame.

Confiar a expedição della a sua simples narrativa e sentido technico, seria tornal-a puro acto administrativo que poderia ser expedida pelo secretario de qualquer côrte ou outro official da administração, como qualquer ordem em serviços semelhantes.

“E’ o direito no seu mais amplo e liberal sentido; o direito de livrar-se de toda illegal prisão.” (Sim’case, 7 Cnsh 285)

Isso parece ter provocado na Inglaterra antes de 1820, uma opinião erronea de que a Côrte estava obri-

gada em 1ª instancia a expedir o *habeas-corpus* a todo o transe, sem exercer exame discricionario sobre os fundamentos dos motivos da ordem. (Rex v. Hobbouse, 2 Chit. Q. B. 211)

O processo regulador, porém, em todas as decisões, na Inglaterra e America é o que estabelece a regra que, a causa provavel deve ser demonstrada para a ordem ser obtida, quer pela *common law*, quer pelos estatutos. Esta praxe tem sido uniformemente seguida nos Estados Unidos em ambas as côrtes dos Estados e as federaes e é mantida por grande numero de autoridades. (Causa Tobias Watkins, 3 Pet. 201 e outros)

Esta questão levantada na Côrte do Banco do Rei por ella foi bem examinada.

Ahi se decidiu que a Côrte quando concede *habeas-corpus* seja pela *common law* ou pelas leis, deve dar as razões em que se funda para concedel-a. “Não deve ser concedido como termo do processo e a todo o transe; a parte, porém, procurando livrar-se pelo *habeas-corpus* deve apresentar tal causa, na declaração perante a Côrte, que seja sufficiente para instruir a direcção discricionaria da Côrte a respeito.

A Côrte não concederá ordens em 1ª instancia quando veja que em resultado final deva o preso ser reenviado á prisão. (Hobhause's case, 2 Chit. 211)

Marshall, *chief-justice*, na causa Tobias Watkins, externou-se: “A causa da prisão deve ser determinada cabalmente pelo peticionario como deve apparecer das informações á ordem; por conseguinte, não deve ser concedida si a Côrte se convencer que o preso seja reenviado á prisão.”

Já lord Wilmont, *chief-justice*, em 1758, na casa dos lords, se exprimia: “As ordens de *habeas-corpus* não devem ser expedidas como materia de processo, ajuntando, devem fundar-se em causa provavel, verificada pela declaração jurada, tanto como ordem de direito como termo de processo. Da lei nada se infere como graça ou favor na expedição. São ordens de direito e não simples termos de processo.”

Si assim não fosse, como já vimos, feito o pedido, qualquer secretario de tribunal expediria a ordem e seria então o objecto da concessão da liberdade ou dene-

gação definitiva do pedido, a questão a ponderar-se. De modo que todas as questões que se prendem á ordem não tinham importancia e em muitos casos seria redundancia a propria ordem, gasto inutil de tempo por parte do tribunal ou juiz, quando do exame estivesse patente a sem razão na simples expedição da ordem ou mesmo quando ella não tivesse lugar.

Church, nos dá quer na Inglaterra quer nos Estados Unidos innumerous casos em que o emprego da ordem deve ser recusado, negando-se a expedição da ordem.

As côrtes de justiça podem negar conceder a ordem de *habeas-corpus* quando nenhum fundamento provavel em seu desaggravo seja demonstrado na petição. (Winder)

Está dentro do arbitrio da côrte ou do juiz conceder ou negar um *habeas-corpus* com o fim de facilitar o preso a apresentar-se para provar motivo contra uma intimação. (Ford v. Graham)

O Supremo Tribunal Federal por accordão n. 858 de 29 de Janeiro de 1896 decidiu: “Não constitue constrangimento illegal o mandado de intimação sob as penas da lei expedido pela autoridade policial para que o impetrante compareça perante a dita autoridade afim de ser interrogado em um inquerito aberto sobre facto delictuoso imputado ao mesmo impetrante.”

Este accordão está em contrario ao que dissemos sobre citação, intimação ou chamamento do réo a juiz. Em relação ás testemunhas é legal na fórmula da lei 2.033 de 1871.

As côrtes não devem expedir ordens com o fim de auxiliar o preso a requerer ou descobrir motivos contra os processos, visto como não ha ordem conhecida pela lei com tal fim (Benns v. Mosely & Cobbett); assim como para conseguir destruir um embargo (Ford v. Nassau; ou para requerer novo julgamento em que seja parte (Benns v. Moseby); ou para indicar motivos contra alguém em processo para informação crime, em que o réo está debaixo de sentença de prisão por assassinato. (Rex. v. Parkyns)

Nem deve ser concedida para fazer sahir um devedor de prisão militar com o fim de mover-lhe uma execução (Jones v. Dauvers); ou tirar um preso de prisão estadual para votar para membro do parlamento (causa Jones); ou

favorecer uma parte que tinha sido admittida a afiançar-se e depois encarcerar-a sob prova adicional. (processo Allen)

A pratica ingleza não permite um mestre alcançar um *habeas-corpus* a favor do aprendiz de idade de 18 annos, voluntariamente alistado no serviço marítimo, ou do serviço de outro mestre.

Si o mestre tem direito aos salarios de seu aprendiz, póde iniciar sua acção no primeiro caso e propôr acção por seducção no segundo, o *habeas-corpus*, porém, é remedio improprio.

Lord Kenyon foi de opinião que a ordem podia ser expedida a pedido da parte que estava detida, ou em ultima analyse com seu consentimento. (King v. Reynolds)

O *habeas-corpus* não póde ser concedido á mulher casada em petição de seu irmão, quando ella estiver confiada a um asylo de alienados, onde é bem tratada e cuidada a expensas do marido. (Denn v. Tyler)

O emprego do *habeas-corpus* póde ser negado nos casos exceptuados nas leis do *habeas-corpus* dos varios Estados; não póde, porém, ser negado quando sua concessão é uma obrigação imperativa pelo estatuto, assim como, não é obrigatorio ser concedido quando a parte não tem direito a elle por sua propria demonstração (processo Miligan)

6ª QUESTÃO

“deve mandar passar a ordem de *habeas-corpus*”

Esta disposição em seus termos imperativos é uma consequencia, não só dos termos da prescripção que no regimen conservou a instituição, como das leis reguladoras ou processuaes que dão áquella os elementos de vida.

A linguagem do art. 72, § 22 da Constituição da Republica é “dar-se-ha” e ainda não contente acerescentou “sempre”.

A lei constitucional exprimindo-se com todo o rigor da expressão, não deixou duvidas, na expedição do *habeas-corpus*, desde que se realizem os demais requisitos formulados pelas leis organicas.

E’ assim que o art. 342 do Código do processo, dis-

posição em inteiro vigor, usa das expressões “tem obrigação”.

Em todas as prescrições, como se pôde ver, as leis são imperativas e cercam a ordem com toda a cautella e sem perda de tempo para que se cumpra o preceito Constitucional.

Church, quando trata do assumpto assim se exprime:

“Desde que causa provavel seja exposta, a ordem de *habeas-corpus* não pôde ser negada ao impetrante porque torna-se um direito constitucional; nem pôde ser negada quando a expedição della é uma obrigação imperativa imposta pelo estatuto. A lei dos Estados Unidos e a da maioria dos Estados, providencia que ella seja concedida sem demora, diante de sua demonstração.”

Além dos casos expressos que já se encontram neste trabalho, vamos mostrar em outras hypotheses não só a doutrina que analysamos como a da maior latitude em que o recurso deve ser empregado.

Em 1856, nos Estados Unidos, á côrte de circuito da California, um estrangeiro, subdito de Napoleão III, imperador dos francezes, recorreu á ordem de *habeas-corpus* a favor do juiz Terry, então um dos juizes da Suprema Côrte da California, por coacção illegal de certas pessoas, que acreditava-se, esforçavam-se, em transferir o dito juiz para fóra dos limites do Estado e mesmo dos Estados Unidos, sem motivo legal e contra sua vontade. O dito estrangeiro era autor, em demanda pendente perante, a Suprema Côrte do Estado, no valor de 16.000 dollars e demorava-se sua decisão, o que o prejudicava. Allegou que a côrte era composta de tres juizes; que a presença de dois era necessaria para a decisão e que um estava ausente do Estado.

Elle queria sua questão decidida e pedia á côrte alliviar o juiz coacto pela prisão. A ordem foi expedida, não serviu, porém, visto o juiz Terry ter sido relaxado antes da execução da ordem. (Ex-parte Des Rochers)

Um menor pôde requerer o *habeas-corpus* quando seu contracto de aprendizagem é nullo á primeira vista. (Com. v. Atkinson)

Não é, comtudo, exigido como condição, sem o que a ordem será embaraçada, a declaração de que a parte soffre prisão para se autorisar o emprego da ordem. E' obrigado

que a petição, por qualquer que seja apresentada, exponha fundamentos a suspeitar-se que a pessoa em cujo benefício é feita, soffre illegal coacção ou prisão. (Hurd)

A ordem de *habeas-corpus* póde ser usada nos casos civis, crimes e politicos.

Um tutor esbulhado da guarda de seu pupillo, ou o marido da companhia de sua mulher póde procurar a reivindicação de seus direitos pelo recurso da ordem do *habeas-corpus*, assim como um devedor illegalmente preso em caso civil. (Hyde et al. v. Jenkins).

A ordem póde ser expedida contra a mulher a requerimento do marido para obter a guarda de seus filhos. (Commonwealth v. Briggs)

Uma irmã póde obter a ordem a favor de sua irmã coacta. (*in re suttor*)

7ª QUESTÃO

“Dentro de duas horas”

Esta disposição funda-se no art. 372 do Codigo do processo que exige esse espaço de tempo.

Aos juizes collectivos não está marcado prazo.

O principio é “sem demora”.

O art. 83 do decreto de 1874 estabelecia o prazo de 48 horas da apresentação da petição, e quando não estivesse marcada sessão, designava-se dia para extraordinaria.

Pelo art. 65, § 2º do Regimento do Supremo Tribunal o *habeas-corpus* é relatado no mesmo dia em que o relator receber os autos.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos já temos visto que é ainda o principio que prohiibe qualquer demora.

Na Republica Argentina o art. 619 do Codigo de procedimentos criminaes estatue. “O juiz competente para conhecer do recurso, solicitará immediatamente do funcionario, autor da ordem de detenção, que informe sobre os motivos de que ella procede para á vista delles resolver.”

8ª QUESTÃO

O que é a ordem de *habeas-corpus*.

Esta questão precisa de um desenvolvimento compativel e relativo á sua importancia.

E' assim que justo é, definir em que consiste a ordem, quaes são os seus effeitos e como consequencias, suas formulas, requisitos e execução.

A ordem, propriamente dita de *habeas-corpus*, “tem por fim fazer cessar a detenção desde que seja illegal, ou, em todos os casos collocar o magistrado em posição de verificar incontinenti a illegalidade.”

Em termos mais precisos, diante da magna latitude em que hoje é tida, póde-se definir a ordem “como a cessação da illegalidade”.

Assim a comprehendemos porque o poder competente para expedil-a póde desde logo em muitos casos fazer cessar a violencia ou illegalidade.

Isto decorre da disposição do § 8º do art. 65 do Regimento do Supremo Tribunal Federal que é a mesma do § 5º do art. 18 da lei 2.033 de 1871 que igual competencia dava.

E a contrario senso, si assim não fosse, burlava-se o remedio da ordem, diante de uma illegalidade ao direito pessoal, por exemplo, politico.

Vamos dar um exemplo de uma violencia, para a qual já recorremos á ordem, e que por não ser comprehendido, não surtiu effeitos.

A lei federal de eleições e quasi todas as estadoaes, prohibem o movimento de forças e estacionamento dellas nos lugares em que se procedem aos comicios eleitoraes. Os governos, porém, por conveniencia, esquecem-se destas disposições e persistem em estacionar a força em distancia menor da prescripta pelas leis, mesmo nos lugares em que se procede a eleição.

Ora, a medida a empregar nessas occasiões é o *habeas-corpus*. Si, porém, não fôr incontinenti resolvido, o direito politico não se póde exercer, ou exerce-se debaixo dessa violencia, e então a ordem requerida, se depender do processado commum, é burlada, quando fôr decretada, é já inutil.

Um outro exemplo mais, já processado por nós: em qualquer aggremação politica ou social, á porta de entrada estaciona uma força ou autoridade, passando revista a quem entrar. Não é isto uma violencia? O recurso é a ordem, mas não conhecida desde logo, torna-se inutil, é burlada.

“A ordem de *habeas-corpus*, dizia Marshall, é a ordem de maior privilegio conhecida desde a *common law*; o grande objecto della é o livramento dos que possam estar presos sem motivo bastante. Está na natureza da ordem examinar a legalidade da prisão; fazer levar o paciente até o juiz, ao mesmo tempo que o motivo da prisão. A côrte indubitavelmente póde inquerir da sufficiencia do motivo.”

Assim nos casos mais geraes, no commum delles, os effeitos da ordem são: sustar-se a violencia, suspendendo-se o curso do acto considerado illegal; produzir a abertura de um processo *summario*, em que o paciente deve comparecer ao poder que concedeu a ordem e com elle os motivos da violencia ou illegalidade.

Estas duas partes constituem as importantes questões, que em tempo serão tratadas: apresentação do paciente e as informações á ordem.

Como se concedia a ordem pela *common law*?

Antes do *bill* de Carlos II só se podia obter a ordem de *habeas-corpus* do banco do Rei e da côrte de chancellaria, que estava sempre aberta.

Da côrte do banco do Rei só se podia obter, em prazo marcado e isso constituiu um dos objectivos do *bill* que remediou esse inconveniente. A côrte de chancellaria, comtudo, concedia a ordem em férias assim como em tempo marcado. (*Goldswain's case*)

Era concedida por petição ou moção desde que estabelecesse causa provavel e fosse confirmada por declaração jurada.

Era expedida, sob moção, constatada por cópia da prisão quando a detenção era proveniente de processo regular. (*Hobhouse's case*)

Como a ordem era expedida pelos estatutos ?

O *bill* de Carlos II providenciava que o preso ou detido por um crime, exceptuada a traição expressamente declarada na ordem de prisão, podia empregar o recurso ao lord chancellor ou lord guarda, ou a qualquer dos juizes de Sua Magestade, ou a qualquer do banco ou de outra côrte, ou em férias ou em tempo marcado; e a vista da cópia da ordem de prisão ou detenção, ou sob declaração jurada de que a cópia tivesse sido negada; desde que o recurso fosse attestado e subscripto por duas

testemunhas que estivessem presentes á entrega do mesmo começava o dever dos officiaes a favorecer a ordem.

Nos Estudos Unidos a ordem é concedida.

Nas côrtes dos Estados Unidos e na maior parte dos Estados da União o mesmo principio geral é adoptado.

O recurso é feito á côrte, ou juiz da Suprema Côrte, ou juiz autorizado a expedil-o por escripto, estabelecendo os factos concernentes á detenção da parte, em cuja prisão está detido, e si fôr conhecida, em virtude de que ordem ou autoridade. A queixa contendo os factos declarados deve ser confirmada pelo juramento da pessoa que emprega o recurso.

A FORMULA DA ORDEM

A ordem de *habeas-corpus* deve ser escripta pelo Secretario do Tribunal ou escrivão do Juiz, assignada por este ou pelo Presidente do Tribunal.

Esta exigencia é do § 5º do art. 65 do Regimento do Supremo Tribunal Federal.

Já esta disposição era assim consagrada pelo art. 85 do decreto de 1874 que deu novo regulamento ás Relações.

Anterior a esta disposição o art. 343 do Codigão do Processo já assim estabelecia.

Pelo estatuto 31 de Carlos II a ordem devia ser assignada por quem a decretava e sob o sello da côrte quando expedida por algum dos juizes della.

“Afim de que nenhum sheriffe, carcereiro, ou outro qualquer official se chamasse á ignorancia da importancia de uma ordem de *habeas-corpus*, foi estabelecido pelo *bill* de Carlos II, que todas as ordens se distinguissem pela seguinte fórmula: *Per statutum tricesimo primo Caroli secundi regis.*”

DIRECÇÃO DA ORDEM

“A ordem será dirigida sem demora ao detentor, carcereiro ou outra pessoa, de quem provenha ou se receie o constrangimento.”

O fundamento desta disposição é o § 5º do art. 65 do Regimento do Supremo Tribunal.

Esta disposição é igual a do art. 85 do decreto de 1874 que deu novo regulamento as Relações com a dif-

ferença capital que se exprimia constrangimento “corporal” como se vê do final do artigo.

A integra da disposição é a mais lata possível, abrange todos os casos, sendo, pois, inutil definir o que seja detentor.

Convém salientar que a lei se exprime com as palavras “carcereiro ou outra pessoa”, assim como com as seguintes “provenha ou se receie” em relação ao effectivo ou imminente.

Foi cedo estabelecido pelas côrtes inglezas que o *habeas-corpus* devia ser dirigido a quem tinha em guarda o corpo do preso.

Não é sómente aos que incumbe a administração da justiça que a ordem pôde ser dirigida, pôde também ser a um medico, por exemplo, que retém alguém sob o pretexto de cura de molestia mental e a qualquer nas mesmas condições; do mesmo modo quando a mulher voluntariamente deixa seu marido e vae viver com seu pae e com conhecimento do pae e com sua permissão usurpa de seu marido a guarda dos filhos, a ordem a favor do marido para rehaver os filhos deve ser dirigida contra o pae. (People ex. rel. Barry v. Mercein)

Estas doutrinas prevalecem nas côrtes da America do Norte.

“Na decisão que mandar expedir a ordem se ordenará o comparecimento do paciente em dia e hora determinados e se exigirão os esclarecimentos.”

Tem esta disposição seu fundamento no § 6º do art. 65 do Regimento do Supremo Tribunal.

E’ mais concisa que as antigas prescripções dos arts. 343 e 355 do Codigo do processo, mandadas depois cumprir nas Relações pelo regulamento de 1874.

São estes os effeitos principaes do *habeas-corpus*: apresentação do paciente e os esclarecimentos á ordem.

Vejamos o que nos ensinam os inglezes e americanos a respeito dos esclarecimentos ou informações:

“A resposta por escripto, assignada pelo individuo, a quem a ordem é dirigida, expondo o tempo e o motivo da prisão ou detenção do paciente, sua apresentação perante a côrte ou juiz, ou si o preso não poder compa-

recer, então a não apresentação, constituem as informações ou esclarecimentos (*return*), assim define Hurd, em sua obra *on habeas-corpus*.

A ordem deve ser informada pela própria pessoa a quem é dirigida e si a prisão, detenção ou coacção é acto de outra autoridade, como requisição ou não, a informação é de ambos: o que detém e o que a ordenou.”

Quando as informações ou esclarecimentos são prestados, a prova ou depoimentos em que se funda a medida que se discute, devem ser remetidos afim de fornecer meios de se poder julgar.

Estas informações devem ser dadas sem demora para não augmentar a oppressão aos presos como se dava antes do *bill* de Carlos II, um dos objectivos desse acto.

Pela secção II do *bill* o prazo para entrega das informações é de tres dias, depois da entrega da ordem.

As informações devem ser feitas por escripto e assignadas pelo individuo que as presta, dirigidas ao juiz que as exigiu.

Irregularidades podem justificar a nullidade das informações pelo que podem ser accrescentadas ou reformadas.

As informações devem determinar por quem e por que motivo o paciente está preso. (Barkham’s case)

Simples defeito de fôrma não invalida a prisão, si as informações contiverem motivo justo para a detenção. (King v. Bethel)

Algumas vezes a prisão é feita pela própria autoridade alli presente em côrte. Em taes casos não precisa a ordem de prisão e então quando chamado a informar deve fazel-o com toda a verdade acontecida.

Quando a prisão se der em juizo mas não por autoridade, deve haver ordem de prisão por escripto; e quando haja, deve ser informada, porque de outra maneira o carcereiro poderia alterar as condições do preso para peor ou melhor, do que está na ordem de prisão. Além disto, si elle tivesse a liberdade de informar o que quizesse, tornar-se-hia juiz, e usurparia a attribuição e dever do juiz de decretar a própria prisão. (King v. Clerk)

Um engano na direcção ou subscripto da informação não a vicia, tal erro não deve ser considerado essencial (Croshy’s case)

A informação deve ser assignada pela pessoa a quem a ordem é dirigida ou qualquer esclarecimento por quem é feito. A omissão não é um erro. (Seavey et ai v. Seymour)

Pela *common law*, bem como pelo *bill* de Carlos II nenhuma verificação da informação era necessaria, nem era pratica verificá-la. As informações a um *habeas-corpus prima facie* importavam a verdade visto outras garantias estarem providenciadas pela lei consideradas bastantes contra as falsas informações. (Watson's case)

Os estatutos dos Estados Unidos exigem que a pessoa a quem a ordem é dirigida certifique ao juízo perante quem deve ser informada a verdadeira causa da detenção da parte.

Em alguns dos Estados exige-se que as informações ou esclarecimentos sejam assignados e jurados pela pessoa que as faz, a menos que seja official publico e debaixo desta qualidade dê as informações. (causa Neill)

As informações devem ser interpretadas literalmente.

Tal é a doutrina presentemente mais geral nas côrtes inglezas e da America.

Si bem que as informações devam ser interpretadas literalmente os elementos de certeza não devem ser desprezados.

A lei exige certeza nas informações, difficil talvez de ser definida.

Lord De Gray, presidente, disse: “Nós não temos idéas precisas da significação da palavra, que é indefinivel como tantas outras de que usamos.”

Lord Coke fallando a respeito nota que:

“Ha três classes de certeza: a primeira para determinado fim em geral; a segunda para um intento commum; e a terceira para determinado intento em caso particular.”

Esta ultima foi rejeitada em todos os casos por conter subtilezas; a segunda é bastante em defeza e a primeira é exigida em accusação. (Rex. v. Horne)

Lord Coke disse mais que a primeira se applicava tambem á accusação, articulados, replicas e outros pleitos do queixoso para convencer o réo; que a segunda é admittida em lei para defender ou excusar; e que a terceira applica-se nas excepções ou incidentes.”



O juiz Butler fallando das informações ao *mandamus* reconhece que se exige a mesma certeza para a accusação ou informações á ordem de *habeas-corpus* e que “certeza para um intento commum em geral” é o pedido; e elle comprehende como significando “o que, em perfeita e racional interpretação, póde ser chamado certo, sem recorrer a possiveis factos que não apparecem.” (King. v. Regis)

Um dos mais uteis principios em bem pleitear é estabelecer os factos. Assim deve ser feito com o fim de informar o juiz cujo dever é fazer a applicação da lei á exposição dos factos apresentados e prevenir á parte opposta o que intenta provar, afim de dar-lhe occasião opportuna em responder ou contraditar.

Assim como os factos devem ser estabelecidos com clareza e polidamente na petição de *habeas-corpus* assim da mesma sorte nas informações. (King v. Regis)

O excesso de palavras, a prolixidade e as grandes dissertações devem ser evitadas. E’ necessario poupar o trabalho da côrte e enunciar o assumpto que deve ser estabelecido com facilidade.

Toda a materia principal deve constituir assumpto distincto e positivo das allegações e ainda que minuciosa exactidão não seja exigida, a summa dos factos necesarios para justificar a detenção deve ser estabelecida e nada deixar ás supposições. (Eden's case)

Não precisa que as informações mencionem os documentos que se oppoem á validade da prisão; si taes documentos, porém, forem mal relatados e intencionalmente por quem informa, nem a não exigencia nem o facto de que o preso não foi prejudicado pela falsidade o protegerá de um mandado de prisão por desobediencia.

N'um processo em que um alienado fôr o paciente, não é preciso que o attestado do medico em virtude do qual foi recebido no hospital, seja junto ás informações. (Commonwealth v. Kirkbride)

Em um velho caso inglez em que o preso levado á prisão do banco do Rei sob a ordem de que “estava preso por comportamento insolente e por palavras proferidas em mesa do conselho”, o que foi subscripto pelo lord guarda e 30 do conselho, a informação foi considerada

insuficiente e incerta porque a côrte a quem se recorreu por *habeas-corpus* não sabia que palavras eram e só por ellas podia julgar. Deste modo mandou a côrte que o marshall additasse suas informações.

As palavras, apesar de tudo, não foram innumeradas e o paciente foi afiançado pela côrte porque alguma accusação se podia inferir contra elle. (Chamber's case)

O que detiver alguém por ordem escripta de autoridade só isso pôde informar e então a autoridade o fará longamente; si a informação é insufficiente, acreditamos com a pratica geral e a lei, que o preso está em prisão especial, habilitado a ser relaxado; a côrte, porém, ouvindo o recurso não precisa afinal soltal-o, si existe motivo razoavel para acreditar-se que um crime foi perpetrado.

Em uma outra informação se declarou que os presos estavam detidos em virtude de uma ordem dos lords do conselho, foi considerada totalmente insufficiente e incerta porque não estabelecia que ordem era essa.

Em casos mais antigos as côrtes faziam uma distincção entre prisão feita por um do conselho privado ou por todo o conselho. No primeiro caso a informação devia expressar o motivo; no segundo não era necessario.

Essa informação era além de tudo incerta porque continha uma decisão de prisão “a permanecer ahi até que outra ordem fosse dada.” (Seeles et al)

A declaração do dia exacto em que o preso foi detido é raras vezes exigida. Si fôr considerado essencial, a informação pôde ser accrescentada; uma tal incerteza, porém, não é caso para relaxar o preso, si o motivo da prisão sufficientemente apparece para habilitar a côrte a declarar si o preso deve ser reenviado ou relaxado. (Hutchins v. Player)

Pela lei quando a questão de distancia é essencial na informação á ordem de *habeas-corpus*, deve ella ser affirmada com certeza (Deybel's case); expondo-se o crime que deve ser sufficientemente declarado. (Souden' case)

Quando o magistrado prende “por devida prova”, etc., e o estatuto providencia exigindo certeza, deve estabelecer distinctamente a prova dada afim da côrte, ouvindo o recurso do *habeas-corpus* poder ver si é a devida prova é a exigida pelo mesmo estatuto. (Nash's case)

Pela mais velha pratica ingleza as informações podiam ser augmentadas; antes, porém, que fossem satisfeitas.

Depois de lidas não podiam ser accrescentadas, porque tornava-se archivo da côrte. (Lilly's Reg.)

Algum defeito de fôrma ou desvio de facto, ou mesmo falta, podia ser corrigido, havia porém perigo para o official em fazer o accrescentamento, de maneira que as informações ficassem como antes da addição. (Anon, Mord. 103)

A ordem de prisão omittindo as palavras pelas quaes alguém é preso por desobediencia é motivo de accrescentamento. (Chamber's case)

A pratica nos Estados da União é permittir accrescentamento das informações em tempo certo antes que o caso seja definitivamente resolvido quando é preciso aos fins da justiça. (Hurde Hopson)

A liberdade das côrtes nos Estados em permittir accrescentar, em acções civis, antes de julgamento, é tambem fundado, no procedimento summario do *habeas-corpus*, e acreditamos que qualquer defeito nas informações que possa ser remediado ou ratificado por moção posterior possa ser tratado, em recurso á côrte. (People v. Cavanagh)

Si as informações podem ser fortalecidas por declarações juradas, é tambem uma questão que se discute na Inglaterra e Estados Unidos.

Está estabelecido ha muito tempo na Inglaterra, que as informações a um *habeas-corpus* não podem ser tomadas tão estrictamente como em outros pleitos são, e que a côrte não é obrigada a cingir-se a toda a materia que apparece no relatorio, porém que as informações podem ser suppridas e sustentadas pela prova de facto, de jurisprudencia, costume ou outra semelhante. Si parecer á côrte, *in rei veritate*, ou implicitamente nas informações, ou de outro modo em materia *dehors*, que ha causa para se proceder além, é obrigado a conceder-se a ordem. (Hutchins v. Player)

O juiz Hardwicke objectou a esta pratica, como irregular, de supprir por declarações juradas o que

deve apparecer das informações; a côrte do banco do Rei, porém, que esse juiz presidia, permitiu uma geral *paratum habeo* informavel a *habeas-corpus* expedida a uma criança entre 13 e 14 annos de idade, que estava na guarda de sua tia, não especificando razão alguma nas informações para conserval-a em opposição a seu pae, supprindo-a por declaração jurada. (King v. Smith)

A pratica ingleza mais tarde admittiu corroborar as informações com declarações juradas. Nas informações de onde se depreheende que as ordens de prisão são imperfeitas, o todo da ordem pôde ser demonstrado em declaração jurada por aquelles que se oppoem ao livramento do preso. (Jackson)

Nas côrtes dos Estados Unidos ha grande liberdade concedida no uso das declarações juradas, provavelmente mais do que merece esta classe especial de prova.

Outra questão se pôde ainda lembrar, as informações não eram obrigatorias pela *common law*.

O facil e efficaz remédio que hoje existe em obrigar a verdadeiras informações á ordem nem sempre esteve em voga. Pela *common law* não havia um remedio regular contra quem informasse a ordem falsamente e sim uma acção. (Bac. Abr. *habeas-corpus*)

As informações eram tidas como verdadeiras antes que o contrario se provasse. De outro modo a parte não tinha remedio para o caso de falsas informações.

Uma outra questão se pôde ventilar, as informações podem apresentar ordem de prisão substituida ?

A côrte pôde diante de uma ordem de prisão substituida relaxar o paciente ?

A negativa tem sido a regra geral na Inglaterra.

Quando o carcereiro ou Informante, porém, tem, ao tempo de informar o *habeas-corpus* uma boa ordem de prisão legal é um facto que veiu corrigir a que havia.

Assim foi decidido pelo banco da rainha.

Do mesmo modo foi decidido no *exchequer of pleas* que o defeito da primeira ordem podia ser corrigido pela segunda, quando apparecia pelas informações que a se-

gunda ordem era substituída pelo mesmo magistrado como acrescentamento à primeira.

O mesmo privilégio ficou determinado na côrte de fiança.

DA APRESENTAÇÃO DO PACIENTE

A ordem de *habeas-corpus* não só consiste, como exige tanto a apresentação do paciente, como a declaração do motivo da prisão e detenção.

Emquanto, porém, a apresentação seja um dos mais essenciaes elementos do procedimento *summario* do *habeas-corpus*, nem sempre é indispensavel para que se deixe de administrar justiça.

As excepções referem-se aos casos de guarda de crianças e alienados. Em taes casos, comtudo, a côrte deve algumas vezes para investigar da materia e chegar á verdade della, lançar mão da inspecção. (Rex v. Turlington)

A doença é tambem outra excepção á regra geral. Pela pratica mais antiga ingleza estava estabelecido que, quando o carcereiro informava a ordem, e não apresentava o preso, e no emtanto era a propria parte que requeria e estava de boa saude, um mandado de prisão era expedido contra elle; não assim si o *habeas-corpus* era requerido por outrem. (Bac. Abr.)

Nos casos de doença a côrte frequentemente admittia um processo em que em horas convenientes, ouvia, consultava e assistia a esses infelizes presos (Rex. v. Wright, Voss) negando a quem não estivesse nessas condições (Rex. v. Clark)

Nos Estados Unidos estabeleceu-se que as informações á ordem de *habeas-corpus* em que o paciente está doente ou fraco, assim como sua apresentação seja um perigo para sua vida, dispensa-se a apresentação do paciente. (causa Bryant)

Nem pôde ser apresentado si o preso morreu (Dalton's Sheriffe)

A soltura por autoridade competente antes da execução da ordem é uma escusa valida para a não apresentação. (King v. Bethuen)

Quando o informante fôr um medico que esteja tra-

tando de uma mulher, por affecção mental e informe “que antes do recebimento da ordem já tinha feito entrega della a seu marido e que não sabia onde ella estava, pelo que não a apresentava”, neste caso a não apresentação é excusavel (Rex v. Wright); do mesmo modo quando as informações forem “que antes de lhe chegar a ordem, o paciente, por meio da força ou armas e contra sua vontade, havia escapado e fugido para lugar que lhe era desconhecido.” (Hurd)

Outra importante excepção a regra geral é quando das informações á ordem de *habeas-corpus* consta que o paciente está detido “por officiaes da União”.

Em taes informações á ordem o respondente não é obrigado a apresentar o preso. (Ableman v. Boot e outros)

Informações a que não acompanharem a apresentação do paciente devem ser examinadas cuidadosamente (causa Coupland)

A secção 758 da lei do *habeas-corpus* dos Estados Unidos exige a quem faz a informação apresentar o preso perante o juiz que concedeu a ordem, ao mesmo tempo que ella é dada. Parece que não admitte excepções, apesar de não ser expresso.

Pelo estatuto de Carlos II desde que a prisão ou detenção era por traição o informante não era obrigado a apresentar o paciente. A praxe por este estatuto parece ter sido que as razões simplesmente de detenção do preso, sem a apresentação do paciente, podiam ser informadas quando o preso estivesse em processo depois de decisão de côrte de competente jurisdição, e tambem quando a parte estivesse detida em alguma causa civil; tudo isso, porém, foi mudado pelo estatuto 56 de Jorge III, cap. 100.

Nestes casos era exigido que as informações distinctamente expuzessem por quem e por que motivo o paciente estava preso.

E’ claro que esta pratica dava ao detentor o poder de fazer obra sua sobre a ordem de prisão, justamente longe de ser indulgente para com o detido.

Na Republica Argentina, o art. 632 do Codigo de procedimentos se refere á materia em questão, estatuinto: “Quando por enfermidade ou impedimento da pessoa que se ordena seja apresentada não possa ser trazida sem perigo perante a autoridade competente a quem se deve

devolver o auto de *habeas-corpus*, o funcionario que a conserva em custodia deve o declarar na informação, acompanhando o certificado medico, quando possivel; satisfazendo-se á dita autoridade com a verdade da affirmação, passará a resolver o caso sem necessidade de que se ache presente o interessado.

O Tribunal ou juiz poderá, além disto, neste caso, si julgar necessario, transportar-se ao lugar em que se achar o detido, afim de adoptar a resolução que entender.

EXPOSIÇÃO DO MOTIVO DA PRISÃO

Assim como das informações ao *habeas-corpus* a côrte deve julgar si a causa da prisão e detenção está de harmonia com a lei ou contra ella, assim tambem o official, ou aquelle em cuja guarda o paciente está, deve, de harmonia com o mandado da ordem, certificar na informação o dia e motivo da prisão ou detenção. (Bac. Abr. *habeas-corpus*)

O objectivo nos procedimentos do *habeas-corpus* é livrar o paciente de uma coacção illegal presente, si porém, na informação apparecer motivo legal de detenção será afiançado ou reenviado á prisão, não obstante a illegalidade da ordem original de prisão. (Dows' case)

E, é commum, uma ordem original de prisão ser irregular, si, porém, uma outra regular pelo mesmo crime fôr expedida subsequentemente ao ser informada a ordem de *habeas-corpus*, o paciente não ser relaxado. (ex-parte Cross).

Na Republica Argentina, o Codigo de procedimentos citado, estabelece, no art. 634: "Trazida á presença do juiz a pessoa detida, ou apresentada a informação do detentor, ou sómente esta, segundo a hypothese, o juiz procederá a examinar os factos contidos na causa da detenção, prisão ou restricção da liberdade.

Si não apparecer causa legal para a prisão ou restricção da liberdade, ou para sua continuação, se decretará a liberdade immediata da pessoa presa ou detida.

Nos casos do art. 629, o juiz requisitará em termos respeitosos ao funcionario respectivo que ponha em liberdade, em acto seguido, o detento, e si fôr desobedecido dará conta immediatamente ao Poder Publico perante

quem pela Constituição ou pelas leis, o dito funcionario seja punivel pelos actos de sua conducta ou falta no cumprimento de seus deveres, para que proceda conforme fôr de direito.”

DECLARAÇÃO DO MOTIVO DA DETENÇÃO

As informações devem declarar o motivo expresso e certo da prisão.

Está estabelecido, em geral, que das informações á ordem o motivo deve apparecer especializado e certo para os juizes perante os quaes a ordem é informada, assim como a Côrte ou a pessoa autorizada a fazel-o; porque si a prisão for contraria á lei, feita por quem não tem jurisdição, ou por ser materia não punivel, a côrte deve relaxal-o, do mesmo modo quando o motivo é com descuido manifestado, de tal sorte que a côrte não póde julgar si são razoaveis ou não os fundamentos da prisão. (Bac. Abr.)

A autoridade que quizer justificar a detenção póde fazel-o em processo regular ou em relações privadas. A detenção por processo regular póde ser por escripto ou por ordem de côrte ou autoridade da lei.

O todo da prisão deve ser, de facto, bem indicado.

As informações não precisam ser restrictas á ordem de prisão. Si contiverem ellas referencias a outros papeis, documentos ou processos, relativos ao poder de prender, podem ser incorporados nas informações; não é necessario, porém, que indiquem especialmente os documentos a que se referem. (Leonard Watson's case)

A detenção que não é por processo regular, mas que procura sel-o é geralmente exercida por autoridade particular, fundando-se em algum direito, ou supposto tal, derivado de relações domesticas ou civis, e quando a coacção ou detenção é por esse poder exercido, as informações devem expôr todos os factos que são auxiliares na justificação da coacção ou detenção. (Green)

CONTESTAÇÃO ÁS INFORMAÇÕES

A geral doutrina ingleza, quer pela *common law* e pelo estatuto 31 de Carlos II, era que a verdade das in-

formações não estava sujeita a controvérsias; debaixo, porém, do ponto de vista para determinar si era ou não razoavel ao paciente afiançar-se, a côrte algumas rezes examinou por meio de declarações juradas, as circumstancias do facto, em virtude do qual o paciente era levado até ella pelo *habeas-corpus* e a razão por que estava preso, afim da côrte se informar do exame de toda a material (Hawk. P. C.)

E' preciso lembrar que um dos principaes objectivos do estatuto de Carlos II foi pemitir aos presos, em assumptos crimes ou suppostos taes, serem promptamente afiançados, quando o fossem pela lei, fornecendo uma garantia segura e meios em todos os casos.

Sabe-se que as previsões deste estatuto estendiam-se sómente aos casos de prisão e detenção crimes, exceptuados mesmo desta classe: os condemnados ou em execução por processo regular, ou por traição, expressa na ordem de prisão; do mesmo modo o estatuto 56 de Jorge III decretado em 1816 para maior segurança da liberdade dos subditos estatuiu que a verdade dos factos indicados nas informações á ordem de *habeas-corpus* expedida a favor de alguém “coacto em sua liberdade, etc.”, podia ser inquerida pelos juizes e côrtes autorizadas a expedil-a. Este estatuto de algum modo abrandou o rigor da regra que as informações não podiam ser objecto de controvérsias.

Nos Estados Unidos, exceptuado o que estava determinado pela lei do *habeas-corpus*, as côrtes federaes dirigiam-se, em seu processo, pela regras da *common law*.

No emtanto já a secção 760 se exprimia:

“O paciente ou a parte detida ou presa, póde negar algum dos factos relatados nas informações, ou allegar outros essenciaes ao caso. Diz-se negar ou allegar sob juramento. As informações e todas as insinuações contra ellas feitas podem ser additadas, com permissão da côrte ou juiz, antes ou depois dellas satisfeitas, tanto quanto os factos materiaes possam ser confirmados.”

“Temos regras estabelecidas, diz Church, em muitos Estados, que illiminam essa vexatoria questão que parecia tão tetrica pela *common law*. Conferem ellas ás côrtes poderes de se informar de toda e qualquer allegação e prova

controvertida nas informações, ou que a verdade dos factos nas informações seja confessada ou combatida.”

Na Republica Argentina o art. 638 do Codigo de procedimentos, citado, tambem segue igual doutrina estabelecendo:

“A pessoa apresentada em virtude de um acto de *habeas-corpus* póde negar os factos affirmados na informação ou allegar outros para provar que sua prisão é ilegal, ou que deve ser posto em liberdade.”

Neste caso, o juiz concederá um prazo breve para a prova.

O NOSSO DIREITO

Dissemos ao encetar a analyse desta questão de esclarecimentos que a disposição era mais concisa que as disposições antigas.

E’ assim que o art. 343, na segunda parte, determinava que na ordem “se devia explicitamente ordenar ao detentor ou carcereiro que dentro de certo tempo e em certo lugar viesse apresentar, perante o juiz ou tribunal, o queixoso, e dar as razões do seu procedimento.”

Referia-se com obrigação ao detentor em relação á apresentação do paciente, seu comparecimento em juizo perante quem devia dar as razões de seu procedimento, ou as informações.

No emtanto no art. 355 estabelecia: “Sendo possivel, o juiz, ou tribunal requisitará da autoridade, que ordenou a prisão, todos os esclarecimentos, que provem sua legalidade, por escripto, antes de resolver a soltura do preso.”

Pelos seus termos, não havia informações de quem ordenava a prisão, exigencia necessaria no *habeas-corpus*, isto como não era obrigatoria, só se dava quando possivel.

A praxe, porém, foi modificada e a exigencia tornava-se necessaria, com a instituição do *habeas-corpus* preventivo, filho do § 1º do art. 18 da lei 2.033, porque de outro modo o juiz ou Tribunal não podia decidir do pedido.

O art. 627 do Codigo argentino citado se exprime: “A ordem de *habeas-corpus* será notificada por cópia authentica da original ao funcionario a quem se dirige,

ou a quem debaixo de cuja guarda ou autoridade se encontra o individuo em cujo favor foi expedida.”

Ainda mais, o art 629 se exprime: “Si o funcionario ou corporação autor da ordem de detenção fôr daquelles que em razão de seu cargo tenham a faculdade de expedil-as, o juiz competente para conhecer do recurso se limitará a pedir immediatamente que informe sobre o caso para á sua vista, resolver a respeito.”

Quer pelas disposições citadas doCodigo do Processo, quer pelos §§ 5º e 6º do regimento do Supremo Tribunal, ahi estão as regras estabelecidas tanto em relação á presença do detentor, apresentação do paciente como ás informações ou esclarecimentos.

No Codigo de procedimentos, citado, da Republica Argentina, o art. 630 estabelece: “Nos casos normaes o funcionario autor da detenção reclamada devolverá a ordem de *habeas-corpus*, apresentando a pessoa nella designada, si se achar ella sob sua guarda ou autoridade, escrevendo no verso ou juntando em separado uma informação em que clara e inequivocamente declare:

1.º Si se acha ou não em custodia, detido ou coacto sob seu poder, o individuo que se lhe ordena apresentar.

2.º Si tendo o dito individuo em seu poder, ou coacto sob sua guarda, qual é a autoridade que impoz tal detenção, prisão ou coacção e sua verdadeira causa, explicando-a claramente.

3.º Si a parte está detida em virtude de auto, ordem ou mandado escripto, devendo juntar o original ou cópia á informação.

4.º Si o funcionario a quem se dirigiu ou notificou o auto, teve em seu poder ou guarda o individuo exigido em tempo, e si foi transferido para guarda de outro; a informação deve declarar com particularidade a quem, por que causa, em que tempo e por que autoridade teve lugar a transferencia.

Sobre informações insuficientes o Supremo Tribunal decidiu no accordão n. 801 de 15 de Junho de 1895:

“Independente de novos esclarecimentos, bastando os que constam dos autos, concede-se ordem de *habeas-corpus* preventivo em favor de pacientes processados perante a justiça federal por crime de responsabilidade da competencia da justiça estadual.”

Examinemos agora as exceções da não apresentação do paciente.

O Código do Processo no art. 351 estabelecia que “nenhum motivo excusava o detentor ou carcereiro de levar o paciente que estiver sob seu poder perante o juiz ou Tribunal, salvo:

1.º Doença grave (neste caso o juiz irá ao lugar ver a pessoa.)

2.º Fallecimento, identidade de pessoa e justificação de conducta provada evidentemente.

3.º Resposta jurada de que não tem nem jámais teve tal pessoa em seu poder.

A lei de 3 de Dezembro no art. 111 veju modificar o art. 351 mandando acrescentar no n. 2º do artigo a palavra *não* antes de *identidade* e supprimir do mesmo numero “a justificação de conducta”, ficando a condicional *provada* evidentemente regendo identidade.

O Sr. Oliveira Machado analysando essas escusas faz a critica sensata á primeira escusa como impossivel ou inexequivel quando seja um Tribunal que tenha de deliberar, á segunda como inutil, si bem que tivessemos nós, como citamos, mencionado uma opinião e caso decidido, á quarta como sendo uma verdadeira evasiva á obediencia ou subterfugio á apresentação.

Pela letra do § 12 do art. 65 do regimento do Supremo Tribunal em que se lê as palavras “sem constar qualquer impedimento de força maior” parece que não foram acceitas essas escusas.

E tanto é isso verdade que, com a devida venia, não está esse § 12 redigido de harmonia com os verdadeiros principios, a nosso ver.

Diz o § 12: “Não comparecendo, o paciente em dia designado, sem constar qualquer impedimento de força maior, se julgará prejudicada a ordem.”

E’ destruir um dos effeitos da ordem a apresentação, de modo que o silencio do detentor faz prejudicar a ordem.

Que ao Tribunal ficasse o arbitrio, como nas côrtes inglezas e americanas, para pesar dos motivos de força maior, da não apresentação do paciente, comprehende-se; mas julgar prejudicada a ordem, é disposição que aberrra dos principios. Póde constituir uma evasiva, uma des-

obediência á ordem. Essa disposição está em antagonismo com o art. 70 § 3º e alínea ao § 5º do art. 72 do mesmo regimento.

E tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal decidiu: “Julga-se prejudicado o recurso de *habeas-corpus* dos recorrentes que, estando soltos, deixam de comparecer no dia designado para o julgamento (sentença de 18 de Maio de 1892, e de 9 de Agosto de 1893): Mostrando os recorrentes que deixaram de apresentar-se por força maior, toma o Tribunal conhecimento do recurso anteriormente impedido, fazendo juntar a nova reclamação aos autos já julgados e resolvendo sobre o pedido de *habeas-corpus* (sentença de 21 de Maio de 1892.)

Desse modo é necessario interpretar o accordão n. 819 de 31 de Agosto de 1895. “Fica prejudicado o pedido de *habeas-corpus* pelo acto do não comparecimento do paciente na sessão aprazada, sem motivo justificado.”

Mesmo porque o Supremo Tribunal Federal decidira no accordão n. 819 de 29 de Agosto de 1895. “Para se resolver sobre a petição de *habeas-corpus*, em regra, só é necessario o comparecimento do paciente quando se acha preso.”

Por ora citemos o que nos diz Church a respeito da discricção que as côrtes e juizes devem gosar na exigencia da apresentação.

Si bem que o geral fim da ordem seja a apresentação do preso em certo tempo e lugar, etc., não é sempre assim e a côrte deve exercer seu arbirtio na materia.

A’ cerca de 120 annos James Mervin seduziu uma irmã de James Clarke a se casar com um menor muito inferior em idade do que a moça. O pae reteve-a em casa impressionado pela necessidade, pobreza, desgraça e vergonah que lhe sobrevinham com este casamento. Tratou-a com brandura e paternal cuidado e ella continuou a residir com elle por sua vontade e sem constrangimento de especie alguma. Chegou ella á idade de 22 annos. Mirvin estribou-se em falsa declaração jurada, demonstrando motivo plausivel, completamente sufficiente, si fosse verdadeiro, para obter *habeas-corpus*. Allegou que a rapariga era tratada asperamente por seu pae que a conservava em reclusão. Dessa maneira Mervin obteve a ordem. Elle foi leval-a immediatamente e a ordem,

sendo dirigida ao pae, este pedia tempo para consultar. A moça nessa ocasião declarou que não tinha objecção em permanecer com seu pae o que era tratada com carinho. Mervin esperava leval-a si ella fosse livre. Lord Mansfield julgou acertado adiar a audiencia e fazel-a conduzir á côrte no futuro prazo. Assim procedia porque ella, nesse interim, podia reflectir e mostrar-se melhor avisada, visto como si ella então fosse tirada de seu pae podia dizer que persistia em seu imprevidente designio. Ella foi depois levada à côrte em virtude da mesma ordem. Perguntada si desejava continuar com seu pae ou ir para qualquer outro lugar, respondeu: “continuar com meu pae.”

A côrte decidiu que ella tinha a liberdade de ir, e foi o que ella fez. (Rex. v. Clarke)

Assim tambem nos Estados Unidos uma moção para ordem de *habeas-corpus* com o fim de determinar a guarda e cuidado dos filhos a parentes é adstricta à discrição da côrte (People v. Chegary) e a moção para a ordem da parte da mãe, que conservasse em estado de separação de seu marido, sem estar divorciada, expede-se contra o pae directamente afim de levar os filhos infantes perante a côrte, cujo assumpto póde ser examinado; o cuidado e guarda delles podem ser permittidos a ella, sendo o pae immoral e deixando os filhos constantemente expostos aos vicios, pelos exemplos constantes diante delles, podendo ser recusados, estudado o caso cumpridamente.

O juiz Bronson disse: “Nós devemos distinguir alguma cousa acima da habilidade da mãe em providenciar pelos filhos, e tambem além das condições pecuniarias do pae. E’ perfeitamente possivel que o pae não seja capaz de obedecer a ordem, levando os filhos á côrte, a moção não seria garantida e é tambem possivel que a mãe providencie pela manutenção e educação dos filhos. Nós devemos ter uma mais completa exposição dos factos. (People v. Manley)

Como escusa legitima é no *habeas-corpus* preventivo o não comparecimento do paciente, pelo temor de vir a soffrer a prisão.

Não deve ser exigido, ou ainda ficar ao arbitrio do

juiz ou Tribunal em sua lei organica a exigencia ou dispensa do comparecimento do que se diz ameaçado.

O Supremo Tribunal Federal por sentença n. 107 de 16 de Dezembro de 1891 decidiu: “E’ dispensavel o comparecimento do paciente ameaçado de prisão ou contra o qual tenha sido expedido mandado, porque a lei de 20 de Setembro de 1871, ampliando o recurso de *habeas-corpus* até alcançar os cidadãos foragidos para escaparem á violencia da prisão illegal, implicitamente revogou a formula de apresentação delles, exigida pelos arts. 350 e seguintes do Codigo do processo.”

Igual decisão do mesmo tribunal n. 75 de 2 de Setembro de 1891: “havendo justa causa de ausencia não é necessario o comparecimento pessoal do paciente.”

AUDIENCIA DOS INTERESSADOS

No inicio do processo de *habeas-corpus* os interessados na prisão devem ser ouvidos?

E’ assim que se entende na America do Norte.

“Si por um lado é materia de summa importancia, diz Hurd, para o preso ser promptamente relaxado de prisão illegal, é tambem de conveniencia publica que os crimes não escapem de sua merecida punição e de interesse para o cidadão que não seja elle esbulhado injustamente de qualquer remedio, apesar de severo, que a lei puder conceder.

Sempre foi costume na côrte, nos casos de *habeas-corpus*, exigir-se a audiencia do órgão do ministerio publico, quando a prisão fosse em negocio crime, e do credor, ou parte interessada na continuação da prisão, quando em processo civil.”

Nos diversos Estados da União americana existem prescrições exigindo a audiencia do representante do ministerio publico quando a prisão é em assumpto crime e dos interessados quando a prisão é civil. Em muitos ha prazo para essa audiencia e em outros não, em uns a falta da audiencia é nullidade em outros não.

Na Inglaterra é tambem corrente a audiencia mas sem estabelecer a pena de nullidade e não em todos os casos exigivel.

Na Republica Argentina o Codigo de procedimentos citado, no art. 637, estabelece: “Não se poderá pronunciar resolução nenhuma sem a intervenção do Ministerio Fiscal.

Em nosso direito a regra pelos trechos de lei a seguir é que nas prisões criminaes, quando a ordem de *habeas-corpus* é concedida por Tribunal o representante do ministerio publico é ouvido por fazer parte do Tribunal.

Nos juizes singulares não ha razão para essa audiencia, quando aos representantes do ministerio publico cabe a attribuição de requerer a ordem de *habeas-corpus*.

Em relação ás prisões civis temos:

O art. 354 do Codigo do Processo que estabelece: “Si a prisão é em consecuencia de processo civil, que interesse a algum cidadão, o juiz ou tribunal não soltarão preso sem mandar vir essa pessoa e ouvi-la summariamente perante o queixoso.”

Essa disposição foi adoptada *ipsis verbis* pelo art 73 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

Segue-se pelo texto claro desta disposição que a audiencia do credor é necessaria antes do juiz ou tribunal decidir de *meritis* da prisão para relaxar o paciente ou soltar-o da prisão.

EXECUÇÃO DA ORDEM

A ordem de *habeas-corpus* pela *common law* e pelo *bill* de Carlos II não era executada por official algum. O procurador do preso ou alguem em seu favor, devia entregal-a a quem era dirigida. (Hurd)

Pelo *bill* de Carlos II devia a ordem ser entregue ao official a quem era dirigida ou deixada no carcere ou prisão com algum dos sub-officiaes, sub-guardas ou representantes dos ditos officiaes ou guardas.

Quer pela *common law* e *bill* de Carlos II, a melhor pratica era, depois de entregue a ordem ao guarda, ou pessoa em cuja detenção a parte estivesse, conservar uma cópia della. (Wyatt's, Reg. 214)

Nos Estados Unidos ha estatutos que tratam do serviço da execução e em alguns Estados previsões especiaes em relação á acção a cumprir-se quando qualquer subterfugio seja empregado.

Quando o official ou pessoa a quem a ordem é dirigida se nega a recebê-la ha alguma coisa estabelecido em satisfação, sendo reconhecido para a parte que executa a ordem como grande e valioso serviço.

Si a parte calar-se para impedir a execução ou negar entrada a quem se esforça em executar a ordem, será detida em sua residencia, ou na prisão em que o preso se acha. (Church, citando os estatutos da California, Nova York e Indiana).

Vejamos perante o nosso direito quem executa a ordem de *habeas-corpus*. E para maior clarez em primeiro lugar quando essas ordens forem expedidas pelo poder judiciario federal.

“As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por officiaes judiciais da União, aos quaes a policia local é obrigada a prestar auxilio, quando invocado por elles. (Constituição da Republica, art. 60, § 2º)

“Esta disposição não prohibe aos officiaes judiciaes locais a execução das ordens e sentenças do Supremo Tribunal, proferidas em gráo de recurso das sentenças das justiças dos Estados ou do Districto Federal, e em gráo de revisão dos processos crimes, as quaes serão mandadas cumprir ou executar pelos juizes, locais ou federaes, competentes para o julgamento ou execução das sentenças recorridas, salvo a intervenção dos federaes, nos termos do art. 6º, n. 4 da Constituição e si o juiz ou tribunal local recusar cumprir a sentença federal nos casos de recurso extraordinario das justiças dos Estados e do Districto Federal para o Supremo Tribunal e mesmo de *habeas-corpus* (Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 arts. 17 e 78)

O art. 17 da lei 221 citada ainda se exprime:

“Os juizes seccionaes são competentes para a execução de todas sentenças e ordens do Supremo Tribunal Federal que não tiverem sido attribuidas privativamente a outros juizes; mas nas das sentenças proferidas em gráo de recurso extraordinario das decisões dos juizes e tribunaes dos Estados ou do Districto Federal, nos casos expressos nos arts. 59, § 1º (recursos das justiças dos Estados) e 61 da Constituição (*habeas-corpus*) só-

mente intervirão, si o juiz ou Tribunal recorrido recusar cumprir a sentença superior.”

Segue-se que ha officiaes para cumprir as ordens de *habeas-corpus*. E quando não existam esses officiaes, as ordens podem ser levadas a effeito á requisição dos juizes federaes, pelos juizes locaes.

Quando, porém, os juizes locaes se recusem a cumprir ou auxiliar as mesmas ordens serão ellas cumpridas pelos juizes federaes da secção, dando-se um dos casos da intervenção da União nos Estados com força federal ou não na fórmula do n. 4 do art. 6º da Constituição da Republica.

O competente para ajuizar dos diversos factos que induzem a execução pelo juiz seccional e por conseguinte a intervenção da União nos Estados, é o juizo federal, que deve pesar o auxilio ou boa vontade das autoridades do Estado.

Ao Presidente da Republica fica o direito do conhecer de todas as razões e factos por informações da Justiça Federal para exercer ou não sua attribuição.

Em confirmação vemos o accordão n. 771 de 17 de Abril de 1883 em que o Supremo Tribunal Federal decidiu: “Não tendo sido apresentado o paciente na sessão designada para o julgamento, é este adiado, de novo exigindo-se a presença do dito paciente; ordenando-se ao juiz seccional que proceda de accordo com a lei n. 221, art. 17 e requisitando-se do Sr. Presidente da Republica a sua intervenção, nos termos do art. 6º, § 4º da Constituição.”

E na sessão de 8 de Maio do mesmo anno o mesmo tribunal proferiu igual decisão.

Não é fóra de proposito darmos a legislação comparada na Suissa, Argentina e America do Norte em relação á execução das ordens federaes, entre estas a do *habeas-corpus*.

A execução dos julgamentos do Tribunal suiso pertence ao Conselho Federal por intermedio das autoridades cantonaes, *ex-vi* do art. 102 n. 5 da Constituição de 1874.

Na Republica Argentina pelo art. 110 os governadores das provincias são os agentes naturaes do governo federal para fazer executar a Constituição e as leis da Nação.

Nos Estados Unidos da America do Norte, nas relações federaes, para a execução de seus poderes cada côrte federal tem addido a si um official chamado *marshal* dos Estados Unidos, correspondendo ao sheriffe nos governos dos Estados, cujas obrigações são mostrar suas ordens e julgamentos, e ordens de prisão, cobrar tributos, emittir em posse e assim por diante.

Está habilitado, si houver violencia, a chamar os bons cidadãos em auxilio; si estes não quizerem ou não puderem prestal-o recorrer á tropa federal em Washington. (Vide Bryce, vol. I, pag. 237, *The american commonwealth*)

Já vimos um dos incidentes que se póde dar na execução da ordem, por não querer cumpril-a o juiz local.

Examinemos agora as disposições legaes em relação ao detentor ou carcereiro e mais funcionarios, ou em outros termos as garantias da ordem.

O art. 347, segunda parte, do Codigo do processo determinava que “as ordens fossem apresentadas ao detentor ou carcereiro e quando elles não as quizessem cumprir, não as recebendo, seriam ellas lidas em alta voz e affixadas na sua porta.”

O Codigo Argentino citado, no art. 628 estabelece:

« Si o detentor recusa recebê-la, será informado verbalmente de seu conteúdo; si se occulta ou impede a entrada da pessoa encarregada da execução, a ordem será affixada externamente no lugar aparente de sua residencia ou n'aquella em que o detido se achar, perante testemunhas.

O art. 70 do regimento do Supremo Tribunal Federal dando toda fé ao executor supprimiu essas formalidades e adoptou o art. 348 do mesmo Codigo do processo, prescrevendo:

“Si na execução de ordem de *habeas-corpus* se der desobediencia, por não cumpril-a o carcereiro ou detentor do paciente, o Presidente do Tribunal, á vista da certidão ou attestação do official da diligencia, mandará passar ordem de prisão contra o desobediente.

“§ 1.º O carcereiro ou detentor, depois de preso, será levado á presença do Tribunal; e si ahi se obstinar era não responder ás perguntas que lhe forem feitas a

respeito do paciente, será recolhido á cadeia, para ser processado, conforme a lei.”

Esta disposição é a mesma do art. 349 do Código do processo.

“§ 2.º Neste caso o Tribunal dará as providencias para que o paciente seja tirado da detenção por meio de busca, estando em casa particular, ou por quaesquer outros compatíveis com a lei, estando em cadeia publica, para que se effectue o seu comparecimento.”

Esta disposição é a mesma do art. 350 do Código do processo.

“§ 3.º Si o carcereiro, detentor, escrivão ou official do juizo, por qualquer fôrma, embaraçar, demorar ou diffcultar a expedição de uma ordem de *habeas-corpus*, a conducção e apresentação do paciente, ou sua soltura ordenada pelo Tribunal, o Presidente deste imporá a multa de 40\$ a 100\$ ao culpado e dará vista de todos os documentos respectivos ao Procurador Geral da Republica, para que este promova o que fôr de direito.”

Esta disposição é do art. 75 do Dec. n. 4.824 de 22 de Novembro de 1871.

Mais uma disposição ainda se encontra como medida assecuratoria á ordem de *habeas-corpus* é a do § 7º do art. 65 do regimento citado que diz respeito á execução, si bem que raras vezes seja posta em pratica: “Quando da petição e documentos apresentados se inferir contra o responsavel pela detenção tal culpa, que justifique perante a lei a sua prisão, incluir-se-ha na ordem um mandado de prisão contra o detentor.” Esta disposição já era do art. 345 do Código do Processo.

Das prescrições expostas um facto resulta desde logo; a prisão póde ser decretada desde que a ordem é expedida, ou é consequencia do não cumprimento da ordem.

Por outro lado vemos que a desobediencia á ordem além da prisão não traz comsigo o processo de responsabilidade ou de delicto commum de desobediencia.

Além disto a lei estabeleceu penas pecuniarias sem prejuizo do processo.

Salientemos todos estes factos.

A prisão desde logo na ordem fica ao criterio e

arbitrio do juiz ou Tribunal, proveniente de culpa que a justifique, não dependendo da desobediencia.

E' uma prevenção á desobediencia, visivel pela violencia ou abuso de poder do acto que occasionou a ordem de prisão.

Effectuada na fôrma commum das prisões, só tem o effeito do comparecimento do paciente e para responder.

Si ahi dá todos os esclarecimentos é solto e caso tenha culpa entra, como os demais casos na regra de, pelo poder competente, ser processado como adiante veremos.

Si se obstina a dar as respostas cahe no caso da prisão por desobediencia.

A prisão depois do não comparecimento, que constitue desobediencia, depende da attestação ou certidão do executor da ordem.

Levado á presença do juiz se dá as respostas exigidas, apresentando o paciente é solto.

Si se obstina a responder e a indicar onde se acha o paciente, continúa na prisão.

A prisão no acto da expedição ou pelo não cumprimento á ordem equivale ao comparecimento denominado “debaixo da vara.”

Os factos ou actos posteriores é que são passíveis da continuação da prisão, processo e pena pecuniaria.

Mas em que consiste este não cumprimento ou em outros termos a desobediencia ?

Reduzir a desobediencia aos termos vagos do art. 70 “o não cumprimento da ordem” seria limitar a penalidade sómente á desobediencia formal, quando outros factos podem constituir essa mesma desobediencia, como veremos no art. 18.

A desobediencia póde manifestar-se por qualquer fôrma, em evasivas, falsidades para não apresentação do paciente e nas informações, objectivo da ordem.

Os seus autores são sujeitos a vir a juizo debaixo de vara.

O § 3º do art. 70 nos parece definir alguns, factos, como o embaraço, a demora e as difficuldades oppostas, na expedição da ordem, como em sua execução, na conducção e apresentação do paciente ou sua soltura.

Este paragrapho não falla na recusa ou demora das informações, nem nas falsas informações, porém ellas

estão contidas em qualquer desses factos á ordem, visto serem as informações ou esclarecimentos parte integrante da ordem.

Diante de qualquer destes factos o Presidente do Tribunal tem o arbitrio de applicar as penas pecuniarias do § 3º e dá vista ao representante do ministerio publico para proceder na fôrma da lei.

O § 2º determina todos meios no caso de recusa da apresentação do paciente ou da declaração do lugar em que elle se acha, afim de que seja cumprida a ordem.

Examinadas todas essas disposições comprehende-se que tinhamos razão em achar antagonismo entre ellas e o § 12 do art. 65, si o Supremo Tribunal em sua jurisprudencia não viesse interpretal-o como sómente se referindo a réos soltos.

Isto posto vejamos as fontes dessas disposições nas leis inglezas, sua jurisprudencia, nos Estados Unidos e seus julgados.

De accordo com o processo pela *common law*, o methodo para obrigar a informações era pela primeira vez tirar um *aliás habeas-corpus* e então um *pluries* e si nenhuma informação era feita, uma ordem de prisão era expedida.

A côrte tambem podia dar ao official uma prazo para informar a ordem e si elle desobedecesse, podia proceder contra a desobediencia da mesma maneira como á de qualquer ordem.

Depois da passagem do *bill* de Carlos II a pratica foi mudada e os primeiros methodos raramente empregados podendo a prisão ser expedida diante da primeira recusa.

Pelo *bill* a pessoa a quem a ordem era dirigida estava obrigada a apresentar o preso dentro de tres dias si estivesse na distancia de 20 milhas, de 10 dias si na de 100 milhas e de 20 dias para outra qualquer distancia.

Si recusava cumpril-a estava sujeito pela primeira desobediencia á pena de 100 pesos e a de 200 pela segunda.

Não havia escusa para a não submissão á ordem.

A questão da liberdade pessoal é considerada como assumpto do maior interesse em relação á desobediencia á ordem, de modo que côrtes e juizes não devem conhecer indulgencia na regra de informal-a, para ser exigida toda a presteza possivel.

“A liberdade do cidadão, diz o juiz Grave, depende essencialmente da rápida submissão ás requisições da ordem e o juiz deve ser cioso que nenhuma tentativa appareça para desviar a fôrma usual nas informações.”

Tempo razoavel deve ser concedido ao preparo das informações e a côrte não deve suppôr recusa quando a ordem de *habeas-corpus* é executada, si nenhuma informação fôr feita no dia prescripto, mesmo si ella tivesse de ser informada immediatamente.

Nos Estados Unidos os juizes da côrte de circuito do districto da Columbia são de opinião “que o mandado de prisão não deve ser expedido antes de expirarem os tres dias da apresentação da ordem, que antes dессe tempo não se deve considerar desobediencia e fazer expedir ordem de prisão.”

Quando o juiz se convencer que as informações foram intencionalmente illudidas e menospresadas, deve ordenar a prisão immediata contra o respondente delinquente por sua desobediencia.

Foi o que se deu no caso Stacy, em Nova York.

Morgan Lewis, general de divisão do exercito dos Estados Unidos, sendo obrigado a apresentar e informar sobre a prisão de Samuel Stacy, respondeu: “não está sob minha prisão.”

Foi isto considerado como uma evasiva e esclarecimentos insufficientes, tanto mais quanto para escusar-se a apresental-o, respondeu “que não estava sob sua guarda, posse ou poder”, quando sob declaração jurada apresentada pelo paciente constava que de facto estava o preso sob a guarda de um dos officiaes subalternos do general Lewis.

A côrte decretou ordem de prisão contra o general:

“Nós, disse o presidente Kent, não podemos hesitar em obrigar promptamente as informações devidas á ordem, quando nos lembramos que neste paiz a lei não conhece superiores, e que a Inglaterra por suas côrtes, nos tem ensinado, por uma serie de exemplos instructivos, exigir estricta obediencia em toda e qualquer extensão do territorio, das pessoas a quem a ordem é dirigida, por maior poder que possua ou da mais elevada ordem hierarchica.”

Em occasiões ordinarias a ordem de prisão não deve

ser expedida senão depois de causa conhecida: si não tiver sido expedida a principio, só deve sel-o debaixo de justa discricção por circumstancias peculiares a cada caso.

Póde e muitas vezes deve ser expedida desde logo, com causa conhecida, si o caso é urgente ou a desobediencia é flagrante.

Si a ordem de *habeas-corpus* não é obedecida, a côrte póde conceder ordem de prisão mesmo contra um par, porque elle não tem privilegio em contrario ao processo da casa de Westminster que possa competir com a obediencia ao *habeas-corpus*.

Sobre omissões, evasivas, falsidades ou insufficiencia nas informações, constituindo tudo por sua vez desobediencias, ainda encontramos.

Ha duzentos annos lord Hale, *chief-justice* dizia que todo processo repousa em informações falsas ao *habeas-corpus*.

A regra presentemente não é tão estricta, apesar de que o processo summario da prisão por desobediencia nos ultimos tempos, tem provado plenamente não ser o meio adequado a efficacia da ordem de *habeas-corpus*.

Pela pratica mais moderna ingleza as côrtes tambem punem por desobediencia a suspeição á ordem, porém não a executam sinão depois de um *alies e pluries*.

As prisões por essa pratica, na Inglaterra e na America, podem ser feitas depois da recusa e prisão ao cumprimento da ordem.

A côrte ingleza de Chancellaria iniciava o processo por desobediencia com o fim de fortalecer a obediencia á ordem.

Taes ordens são incidentes communs e absolutamente necessarios para a instrucção da justiça. São expedidas e reforçadas contra sheriffes, juizes de paz e outros n'uma variedade de fins; de modo que seria singular defeito não ter a côrte meio de reforçar as ordens de *habeas-corpus*.

Si a côrte tem o direito de conceder a ordem, tem o de obrigar a apresentação do preso e usar sómente dos meios apropriados para a consecução do seu objectivo. O uso indefinido dos meios além dos necessarios seriam illegal e improprio.

Quando a decisão final fôr pela concessão plena são seus efeitos os determinados no art. 18 deste trabalho.

GUARDA DO PRESO

E' questão levantada nas côrtes de Inglaterra e dos Estados Unidos sobre a qual nossas leis não se pronunciam, quando é de summa importancia para definir responsabilidades, tanto mais presentemente pela federação dos Estados e suas relações para com a Justiça Federal.

A questão a ventilar-se é: a quem pertence a responsabilidade da guarda do preso, durante o processo de *habeas-corpus* ?

Era regra pela *common law* que a côrte do banco do Rei, podia, depois das informações á ordem, mandar o paciente para o mesmo carcere de onde viera e ordenar-lhe que comparecesse de vez em quando até que definitivamente fosse decidido, si devia afiançar-se, ser relaxado ou reenviado á prisão.

Si a côrte estava em duvida si devia soltar-o, afiançar-o, ou reenvial-o á prisão, o paciente podia ser afiançado para comparecer de *die in diem* á côrte até á decisão da materia.

Em resumo, a effectividade da originaria ordem de prisão era considerada suspensa pela ordem de *habeas-corpus*, enquanto estivesse pendente o seu procedimento e segura a guarda do preso inteiramente sob a autoridade e direcção da côrte que a concedeu ou a quem as informações foram ministradas.

Nos Estados Unidos applicam-se os mesmos principios e pratica.

“Pendente o exame ou audiencia, diz Curtis, o preso, em todos os casos das informações á ordem, está detido, não pela ordem originaria, mas sob o poder da ordem de *habeas-corpus*.

Póde elle se afiançar apresentando-se *de die in diem*, ou ser reenviado á mesma prisão de onde veio ou para qualquer outro lugar de guarda segura sob a inspecção da côrte ou official que concedeu a ordem e por sua ordem ser levado de vez em quando até a côrte decidir em definitivo.

Esta linguagem foi substancialmente repetida no caso de Clise, o sheriffe.

Neste caso em que a pessoa do preso foi dada pelo juiz á guarda de um sheriffe, ficou estabelecido que elle não era responsavel pela escapula do preso.

Clise, o sheriffe foi compellido pela ordem da côrte a apresentar o preso em virtude de um *habeas-corpus*. Emquanto se processava o *habeas-corpus*, Clise poz Brinkman, que era o preso, sob a guarda de Dunn, um de seu conselho e ausentou-se. Antes de decidido o processo Brinkman fugiu para o Canadá. Surgiu o processo pela fuga.

A decisão em julgamento foi dada a favor de Clise. O queixoso só proseguiu em uma ordem de erro (recurso extraordinario) até á Suprema Côrte dos Estados Unidos.

A decisão da Suprema Côrte foi que a inteira responsabilidade da guarda do preso pertencia ao official perante quem o preso tinha sido levado no proseguimento da ordem.

“Quando Clise apresentou Brinkman perante o juiz Mills, as obrigações de Clise como guarda de Brinkman cessaram, e só diante de uma nova ordem dirigida a elle é que novas obrigações e responsabilidades faziam-n'o responsavel.

A fuga de Brinkman, pois, em sentido algum é uma escapula á guarda de Clise. A guarda por Clise, na ausencia de uma ordem do juiz era uma falsa prisão.

O acto de Clise pondo Brinkman a cargo de Dunn foi uma nullidade. Elle não tinha mais poder naquelle tempo de praticar acto algum ou de dar uma direcção referente ao assumpto.”

A decisão do recurso foi unanimemente confirmada.

O Codigo Argentino, citado, estatue no art. 636: “Emquanto não se resolve, se encarregará o preso á guarda do empregado do lugar que possa ter esse encargo com os cuidados em relação a idade e a outras circumstancias que o caso aconselhar.”

9ª QUESTÃO

“Salvo constando evidentemente que a parte nem póde obter fianca, nem por alguma outra maneira póde ser alliviada da prisão.”

Fechamos deste modo o artigo que comprehendeu

todas as questões que se entrelaçam com a expedição da ordem.

Nas palavras “salvo constando evidentemente” já se vê questão estudada diante dos diversos textos de lei patria, seus julgados e jurisprudencia estrangeira: é o arbitrio, a discricção do juiz ou Tribunal em pesar os motivos em que se funda o paciente para pedir a ordem, motivos que devem constituir justa causa, ou causa provavel. Seria redundancia repetir a theoria e os casos.

A segunda parte da disposição contém duas hypotheses: uma é mais uma vez a constatação do poder de conceder a ordem para o paciente se afiançar ou em outros termos o emprego da ordem na fiança, outra envolve os casos geraes que devemos analysar no art. 17.

Tal é o parecer dos Tribunaes e nomeadamente do Supremo Tribunal Federal que já temos exposto e ainda o faremos — como se veem dos accórdãos: de 11 de Março de 1896 em que se decidiu: que só póde ser legalmente preso o denunciado por crime afiançavel depois de pronunciado, não prestando a devida fiança para se livrar solto; e de 14 do Outubro de 1896 em que se decidiu, dar provimento ao recurso, mandando que o paciente, pronunciado em crime afiançavel, seja admittido a prestar fiança perante o Tribunal.

DA FIANÇA

Fiança, define o Sr. Pimenta Bueno, é a permissão dada ao réo, em certos crimes, de conservar a sua liberdade, para no goso della tratar do seu livramento, mediante uma caução legal.

“Depois da arrestação regular do accusado, ensina Blackstone, deve elle ser ou conduzido a prisão, para ahi se conservar sob guarda segura, ou dar caução especial ao sheriffe: porque o fim da prisão não é senão obrigar o accusado a comparecer á côrte; fim que fica preenchido quer o sheriffe detenha sua pessoa, quer tome uma caução sufficiente para que o accusado compareça.

A caução se exprime, em inglez, pela palavra *bail* do francez *bailler*, ou livrar-se, para que o accusado entregue a sua caução, sobre o compromisso de com-

parecer; e supõe-se que ficará sob a guarda de seus amigos, em lugar de ser conduzido á prisão.”

A materia da fiança é de direito substantivo, tem seu fundamento no direito Constitucional.

E’ assim que o art. 72 da Constituição Federal determina no § 14. “Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salva as excepções especificadas em lei nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir.”

Já a Constituição do Imperio determinava no art. 179, § 9º: “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos que a lei a admitte.”

A lei organica que estabelece a fiança é o art 406 do Codigo Penal que determina: “A fiança não será concedida nos crimes cujo maximo de pena fôr prisão celllular, ou reclusão por quatro annos.”

O art. 406 do Codigo Penal foi modificado por uma lei nova da qual fallaremos mais adiante.

No antigo regimen o art. 101 do Codigo do Processo Criminal estabelecia a regra geral que depois foi limitada pelo art. 38 da lei de 3 de Dezembro.

Bem assim o art. 100 estabelecia dentro da regra do art. 101 os casos em que nem mesmo a fiança era necessaria para o réo livrar-se solto.

O art. 300 do Regul. n. 120 ainda exceptuava da disposição os réos quando fossem vagabundos ou sem domicilio.

Estas disposições, hoje, são de direito adjectivo.

O direito á fiança existia na *common law* e ainda que o preso não a pedisse, como materia de direito podia, excepto quando fosse o caso regulado por lei, ser admittido a afiançar se por qualquer crime.

Essa plenitude de poder foi exercido pela côrte do banco do Rei ou qualquer dos seus juizes em férias, sendo, porém, regra geral, que “todo aquelle que é juiz do crime póde afiançar o réo ou accusado.”

Esse poder ficou adstricto á discricção legal de juiz que concedia a ordem de *habeas-corpus* e a côrte e juizes guiavam-se por uma série de decisões, exercendo a discricção dentro dos limites em que o homem honesto, apto para desempenhar as obrigações de seu cargo, está ne-

Cessariamente restricto. Sendo evidente que era excepção ao discricionário poder, quando preso em execução, incluídos os casos de desobediência,

A fiança na Inglaterra foi regulada por leis antigas e modernas, tanto que apesar do n. VII do *bill* de Carlos II, sustentou-se que esse *bill* não autorizava a soltura do preso, como matéria de direito, em processo crime, e que elle evidente mento alludia aos que estavam entre as quatro paredes de uma prisão, que podiam ser soltos por fiança, de harmonia com a natureza e circumstancias de cada caso; e que essa clausula não se referia a quem não estivesse naquella tempo em detenção ou prisão, ou que muito menos se confundisse com fiança.

A fiança em face do nosso direito persiste como no antigo regimen.

Podemos resumir toda a matéria em relação ao tempo em que ella é permitida ou a extensão do direito, nas seguintes palavras do insigne mestre.

“A fiança, diz o Sr. Pimenta Bueno, tem cabimento em todo e qualquer estado da causa ou processo, esteja o réo preso ou solto, compareça por si ou por procurador, penda a decisão da primeira instancia ou já do juízo da appellação. Desde que o crime é afiançavel, qualquer demora do réo em solicitar esse beneficio da lei não faz perimir seu direito: a prisão antes que a sentença final passe em julgado não tem por fim sinão a segurança da pessoa, e não a pena; ora, desde que a lei permite por essa segurança a fiança, nada justifica a prisão, qualquer que seja o estado da causa, aliás terá lugar o recurso do *habeas-corpus* e responsabilidade do juiz.”

Foi por isso que o art. 14 da lei n. 2.033 de 1871 no § 6º estabeleceu: “a fiança póde ser prestada em qualquer termo do processo, uma vez que seja reconhecido o crime por afiançavel.”

Em relação ao modo porque ella deve ser prestada envolve a garantia constitucional matéria que póde ser assumpto de violação de direito e por conseguinte assumpto do recurso do *habeas-corpus*.

O assumpto do modo ou maneira pelo qual a fiança deve ser prestada é de direito adjectivo formal da competencia dos Estados, não póde, porém, ser elle de tal

estrutura que impossibilite, ou inutilise, ou demore o recurso constitucional.

“Desde que o delicto é afiançavel, ensina o Sr. Pimenta Bueno, seria illogica e contradictoria a pratica ou execução de lei que por qualquer modo tendesse a diffcultar esse beneficio legal. Quando o legislador distingue taes delictos, considera que o réo por seu proprio interesse não fugirá, soffreria nesse caso uma pena de desterro superior, prejudicaria sua reputação e seu fiador que iria indemnizar-se em seus bens e seria julgado a revelia.”

No nosso antigo direito processual na forma do art. 100 do Codigo do Processo e art. 297 e seguintes do Regul. n. 120 a fiança era prestada por modo e maneira que merecia do Sr. Pimenta Bueno, a censura que: “sobre esta importante materia pensamos que ha em nosso codigo uma grave lacuna empeiorada por uma pratica abusiva e que offende positivamente o principio consagrado pela Constituição do Imperio.”

“Em consequencia do processo estabelecido pelos arts. 109 e seguintes do Codigo do Processo para a avaliação da fiança, pagamento do imposto sobre elle lançado e mais diligencias a que dá lugar, como nomeação de arbitros, juramentos, informações e calculo de renda do indiciado, decorrem muitos dias antes que se passe o mandado de soltura, jasendo entretanto aquelle na prisão contra a promessa constitucional, em conformidade da qual nem devera a ella ser levado. O unico argumento, com que se póde pretender justificar este abuso, é o da impossibilidade de satisfazer momentaneamente o processo exigido pela lei para a avaliação da fiança, mas essa razão sómente prova que falta uma providencia em nosso codigo que o ponha em harmonia com a constituição.”

Para attender a esses vicios e prestar o legislador todo o seu apoio á liberdade individual vieram a lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871 e o decreto n. 4.824 de 22 de Novembro de 1871.

Assim foi instituida a fiança provisoria nos mesmos casos em que era possivel a definitiva, diversificando uma de outra sómente quanto aos effeitos, de modo que a

provisoria só durava 30 dias. (arts. 14 da lei e 30 do Regulamento)

Para corresponder a presteza da medida era ella regulada por uma tabella, fixando o maximo e minimo de cada anno de prisão com trabalho, de prisão simples com multa ou sem ella, degredo ou desterro. (art. 14 § 1º da lei e § 2º do art. 33 do Regulamento)

Dentro desses dois extremos, era fixado o valor da fiança, tendo-se em consideração, não só a gravidade do damno causado pelo delicto, como a condição de fortuna e circunstancias pessoas do réo. (§ 2º do art. 33 do decreto citado)

O valor da fiança arbitrado podia consistir no deposito em dinheiro, metaes e pedras preciosas, apolices da divida publica, ou pelo testemunho de duas pessoas reconhecidamente abonadas que se obrigassem pelo comparecimento do réo durante a fiança. (art. 14 § 3º da Lei cit. e art. 83 do tambem cit. Regulamento)

Já o Sr. Pimenta Bueno estabelecia os meios antes da lei 2.033 de 1871, para os abusos da fiança, motivos outro tanto legaes para a solicitação do *habeas-corpus*.

“Para evitar esse abuso (o da demora) e tambem o de uma avaliação excessiva, cumpre que adoptemos o expediente da fiança provisoria, até que se processe a definitiva.”

Assim define o illustre mestre: “chamamos fiança provisoria a caução que o delinquente póde offerecer, desde que recebe a ordem de prisão e é levado à presença do juiz, e que consiste na responsabilidade que o fiador contrahe por todo e qualquer onus que fôr especificado posteriormente pelo processo da fiança definitiva, incluidos os respectivos direitos.”

Toda legislação estadual ou local, que fugir desses principios, em que houver demora na obtenção da fiança, dá por si o direito ao delinquente de requerel-a por *habeas-corpus*.

E para isso basta attender aos principios que eram consagrados na legislação processual do Imperio, que devem ser adoptados por serem desmembramentos dos actuaes principios constitucionaes.

Preso o réo deve ser logo conduzido perante a autoridade para se afiançar.

Não é exequível o mandado de prisão por crime afiançável, se delle não constar o valor da fiança, a que fica sujeito o réo.

“A demora na expedição da fiança é considerada crime, por isso mesmo que a caução é considerada garantia ligada a do *habeas-corpus*.

Com effeito, desde que a lei a admitte, porque retardal-a a pretexto de dependencias do processo de sua expedição? (Moura, 2ª edição, pags. 33 e 59).”

Além dos abusos quanto ao tempo, ao modo ou morosidade do processo da fiança, ainda um se póde dar quando se exige fiança excessiva que vêm ferir o direito a ella.

Na America do Norte em todas as constituições dos diversos Estados, excepto no Illinois, é determinado que a fiança excessiva não deve ser exigida.

A propria Constituição da união Americana, em additivo art. 8º estabelece que: “a fiança excessiva não deve ser exigida.”

O poder de afiançar e quaes os crimes afiançaveis, nos Estados Unidos, é materia regulada pelas secções 1.014, 1.015 e 1.016 dos estatutos revistos. Elles estabelecem que a fiança póde ser admittida em toda prisão crime quando a pena seja mesmo de morta; em taes casos, porém, deve ser tomada sómente pela Suprema côrte ou côrte de circuito, ou juiz da Suprema côrte, juiz de circuito ou juiz de côrte de districto, que exercerá seu arbitrio de harmonia com a natureza e circumstancias do crime, da prova e usos da lei.

E nos casos em que não fôr de morte a pena, por qualquer juiz dos Estados Unidos, ou commissario de côrte de circuito, ou qualquer chancellor, juiz da Suprema ou superior côrte, presidente ou juiz da *common-pleas*, mayor da cidade, juiz de paz, ou outro magistrado de qualquer Estado em que resida o accusado e de harmonia com o uso do processo em tal Estado.

Nos Estados da União Americana o direito á fiança e em que casos admissivel, é assumpto de protecção constitucional em todos os Estados, com excepção dos de Nova-York, Georgia, New-Hampshire, Maryland, Massachusetts, Virginia e West-Virginia.

Todas as constituições exceptuam “os crimes ca-

pitaes”, menos a de Rhode-Island, que exceptua “crimes puniveis com a morte ou prisão perpetua”, a da Louisiana, quando depois de condemnação, o crime “é punido com morte ou prisão com trabalhos forçados” e as da Indiana, Michigan, Oregon e Nebraska, “a traição e assassinato.”

Nos listados em que o direito á fiança não foi assegurado pelas disposições constitucionaes, é ella protegida pela côrte de uma maneira tão ampla como o era pela côrte do banco do Rei.

Em nossa federação sustentamos que essa materia, a de fiança, não pôde ser modificada pela legislação dos Estados, a quem sómente compete a parte formal, o modo de ser ella processada; o que já dissemos nos “additamentos á consolidação das leis de processo do Estado do Rio de Janeiro.”

Quando não bastasse a disposição do Código Penal ahi estão actos do poder legislativo da União, interprete authenticico da Constituição Federal, estabelecendo disposições relativas á fiança em geral e ao processo em relação ao Districto Federal, lei Alfredo Pinto.

Por outro lado como já dissemos no final do art. 9º deste trabalho, os defeitos de ordens diversas nas leis e a falta de estabilidade dellas nos Estados, nos faz como em relação ao *habeas-corpus*, collocar mais essa garantia debaixo da protecção do direito substantivo.

Na propria America do Norte essa questão se debate e devido a melhor orientação é ella resolvida favoravelmente á liberdade individual.

“Duvida-se, diz Hurd, si o direito á ordem de *habeas-corpus*, como está regulado por muitos Estados, é elle co-extensivo com o direito constitucional ou pela *common law* á fiança. Casos ha como excepção naquelles actos em beneficio daquella ordem, em que o preso pôde claramente ser autorisado a se afiançar. Si nesses casos em que a prisão não é e nem pôde ser allegada como illegal, a ordem de *habeas-corpus* pôde ser expedida com o unico fim de admittir o preso á fiança, como muitas vezes tem acontecido, deve ser em virtude de algum estatuto especial, ou “da jurisdição soberana em materia crime” que pertence sómente ás mais altas côrtes.”

E’ principio Americano, que exigir maior fiança, do que

a que o preso póde dar equivale a negar a fiança em caso claramente afiançavel pela lei. O arbitrio do magistrado em conceder a fiança consiste em guiar-se pela consideração das posses do preso em dar fiança e a gravidade do crime.

O juiz de côrte federal tem amplos poderes, sem precisar da ordem de *habeas-corpus*, para reduzir a fiança se julgal-a excessiva, revendo o acto do commissario ou outro magistrado competente.

“A fiança nos casos crimes, diz o juiz Hurlbut, basea se não em graça ou favor da côrte porém unicamente na duvida que póde existir em relação ao crime do accusado. Quando criminoso não ha duvidas, não póde ser afiançado. A lei então dispõe que sua punição seja certa e não tolere facilidades com que elle escapule.”

O § 2º do art 109 do Codigo do Processo já estabelecia “o juiz aumentará, de maneira que nem seja illusoria para o rico, nem impossivel para o pobre, o que a lei confia do seu prudente arbitrio.”

A lei de 1871 tambem garantia a fiança prestada estabelecendo taxativamente os casos em que ella podia ser modificada.

O art. 35 do decreto estatuiu: O juiz competente para conceder a fiança definitiva póde cassar a provisoria, se reconhecer o crime por inafiançavel, ou exigir a substituição dos fiadores provisorios, se estes não forem abonados, ou dos objectos preciosos, se não tiverem valor sufficiente.

O art. 37 ainda dispunha: Poderá ser alterado o valor da fiança provisoria ou mesmo ficar ella sem effeito, se o despacho de pronuncia ou de sua confirmação ou se o julgamento final innovar a classificação do delicto.

Resumindo podemos estabelecer que o assumpto da fiança póde dar lugar a ordem de *habeas-corpus*, nos seguintes casos: negativa formal da fiança, morosidade no modo de ser prestada e excessiva caução.

Na Republica Argentina, a fiança é regulada no Codigo de procedimentos criminaes pelas disposições:

Art. 376. Quando o acto que motivar a prisão do processado traga comsigo sómente pena pecuniaria ou corporea, cujo maximo não exceda de dois annos de prisão, ou uma e outra conjunctamente, poderá decre-

tar-se a liberdade provisoria, desde que preste alguma das cauções determinadas nos artigos seguintes.

Art. 377. Não se poderá, todavia, decretar liberdade sob caução:

1º. Quando o processado fôr reincidente.

2º. Quando se der concurrencia de varios delictos.

Art. 378. Para se determinar a qualidade e quantidade da caução, será tomado em conta a natureza do delicto, o estado social do processado e seus antecedentes, emfim todas as circumstancias que possam influir no maior ou menor interesse d'elle em collocar-se fóra do alcance da autoridade, assim como a importancia aproximada de sua responsabilidade civil.

Art. 379. A caução terá por objecto garantir o comparecimento do processado, quando fôr chamado ou citado pelo juiz que tiver de conhecer da causa: garantindo além disso o cumprimento da pena pecuniaria, as custas do juizo e as responsabilidades civis que nascerem do delicto, no caso do processado não comparecer.

Art. 380. A caução póde ser pessoal, real ou juratoria.

Art. 381. Póde ser fiador toda pessoa que tenha capacidade legal para contractar.

Uma mesma pessoa não poderá obrigar-se por mais de duas fianças em cada districto ou secção judicial a menos que não estejam cancelladas.

Art. 382. Para os effeitos do disposto no segundo paragrapho do artigo anterior, as fianças devem registrar-se:

No districto da Capital, em um registro especial levado pelos funcionarios e pela fôrma que determinar a Camara de Appellações no crime.

Nos juizos seccionaes dos territorios nacionaes pelos secretarios dos juizes pela fôrma determinada pela Suprema côrte.

Art. 383. A caução real poderá constituir-se:

1º. Com hypotheca de bens immoveis.

2º. Com o deposito em dinheiro determinado pelo juiz.

3º. Com o deposito de effeitos publicos ou outros papeis de credito segundo sua cotação.

Neste ultimo caso, a quantia designada para ga-

rantia deve, ser augmentada em uma quarta parte além da determinada.

Art. 384. Os dinheiros, effeitos publicos e outros papeis de creditos depositados de conformidade com o disposto no artigo anterior, ficam sujeitos a um privilegio especial para o cumprimento das obrigações procedentes da caução.

Art. 385. A caução real póde ser prestada pelo processado ou por terceiro.

Art. 386. A caução juratoria se admittirá quando concorram conjunctamente as circumstancias seguintes:

1º. Que o processado seja notoriamente pobre ou desvalido.

2º. Que a pena do delicto não exceda de 4 mezes de prisão ou 500 pesos de multa.

3º. Que os antecedentes do processado não dêem lugar a presumir se que seja burlada a acção da justiça.

Art. 387. Para ser posto em liberdade sob caução juratoria o processado prometterá o seguinte:

1º. Apresentar-se sempre que fôr chamado pelo juiz da causa.

2º. Fixar domicilio, donde não poderá ausentar-se sem dar conhecimento e com autorisação do juiz que conhecer da causa, bastando sua contravenção para ser ordenada, de novo sua prisão.

Art. 388. Aceita a caução se estenderá ella a todos os termos do processo, dando-se sciencia ao processado da pena em que incorrerá por sua transgressão.

Art. 389. O Ministerio Fiscal, o accusador particular e o juiz, deverão, dentro do prazo de 48 horas dizer successivamente sobre a petição em que se requer liberdade provisoria.

Art. 390. As cauções afim de se decretar a liberdade provisoria, poderão ser tomadas *apudacta*. No vaso de ónus hypothecario, ordenar-se-ha tambem a inscripção no registro competente.

Art. 391. O iniciado e o fiador, deverão no mesmo acto de prestar fiança, designar domicilio no lugar em que esteja o juizo, para os effeitos das citações e notificações que occorrerem.

As citações e notificações que se tiverem de fazer ao accusado ou seu defensor, devem ser tambem feitas

ao fiador, quando se relacionem ellas com a obrigação deste.

Art. 392. Si o processado não comparecer ao chamado do juiz durante o processo, o juiz decretará immediatamente ordem de prisão contra elle e marcará um prazo ao fiador para apresental-o sob pena de se fazer effectiva a garantia.

Si o fiador ou senhor dos bens dados em garantia, não apresentar o processado no prazo fixado pelo juiz, se fará effectiva a garantia. O fiador poderá offerecer a sequestro bens do processado.

Art. 393. Si o processado comparecer ou fôr apresentado pelo fiador antes de fazer-se effectiva a garantia, ficará revogado o despacho que ordenou sua effectividade, ficando as despesas e custas a cargo do fiador.

Art. 394. Para fazer effectiva a obrigação pessoal do fiador se procederá executivamente. Quando a caução consista em immoveis hypothecados, serão vendidos em hasta publica de conformidade com o disposto no Codigo de procedimentos civis.

Os efeitos publicos por corretores ou na falta por agentes commerciaes.

Art. 395. O despacho que decreta ou denega a liberdade sob caução, será reformavel *ex-officio* ou a requerimento da parte, durante o curso da causa.

O prazo para appellar das resoluções sobre o encarceramento, é de 3 dias, e o recurso sómente a esse respeito será obrigatorio.

Art. 396. Será cancellada a fiança:

1º. A requerimento do fiador apresentando o processado.

2º. Quando recolher-se o processado á prisão.

3º. Depois de despacho irrevogavel de improcedencia, de absolvição e de condemnação, apresentando-se o condemnado a cumprir sentença.

4º. Por morte do processado, pendente a causa.

Art. 397. Uma vez tornada effectiva a fiança só restam ao fiador contra o processado as acções concedidas pelo direito commum para sua indemnisação.

Art. 393. Todas as diligencias sobre a liberdade provisoria sob caução se suscitaram em processado separado.

Além destas disposições possui a Província de Buenos-Ayres a lei de 4 de Julho de 1878 sobre o encarceramento sob fiança.

Uma questão mais a respeito da fiança se deve levantar e que precisa ser resolvida de harmonia com os princípios que constituem a questão final da disposição que ora analysamos.

Póde-se recorrer ao *habeas-corpus* para se modificar a fiança excessiva, quando a parte não lançou mão do recurso da fiança em segunda instancia ?

Que o emprego da ordem se dá para a fiança, não ha duvida; quando, porém, foi a fiança prestada por despacho do juiz, e a parte achando a excessiva não usou do recurso para modificá-la, poderá recorrer ao *habeas-corpus*, quando abandonou o recurso ordinario para a segunda instancia ?

Acreditamos que não, visto a doutrina e jurisprudencia de que o *habeas-corpus* não é senão um recurso ou remedio, quando não exista meio ordinario para conseguir a garantia do direito violado.

Por outro lado, si na organização local não existe esse recurso, o *habeas-corpus* é o meio regular, então admissivel. E nem ha que admirar nessa opinião visto haver organizações locais que não admittem o *habeas-corpus* senão como recurso de autoridade inferior para superior não sendo facultado o accesso directo ao tribunal ou autoridade superior, sem passar pela inferior!

Que paiz de liberdade !

ART. 16

“ Concluidas as diligencias essenciaes da ordem de *habeas-corpus* será dada a decisão ”

Trata-se da decisão do *habeas-corpus*.

A primeira questão que se prende ao assumpto é a natureza da expedição da ordem em relação ao motivo allegado.

Ou a expedição é immediata ou depende do curso natural da ordem.

No primeiro caso o juiz ou Tribunal conhece *de meritis* do motivo e pronuncia se desde logo, alliviando

o paciente mandando passar alvará de soltura ou contra mandado, ou sustando a coacção.

Esta mesma hypothese se póde dar sob caução, para afinal ser decidido.

O legislador de 1871 no art. 18 § 5º já estatuiu: “quando dos documentos apresentados se reconhecer evidentemente a ilegalidade do constrangimento, o juiz a quem se impetrar a ordem de *habeas-corpus* poderá ordenar a immediata cessação, mediante caução, até que se resolva definitivamente.”

Esta disposição foi conservada pelo § 8º do art. 65 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

A legislação Argentina não contém esta disposição.

Nos Estados Unidos, diz Church, a expedição do *habeas-corpus* é assim definida.

“Em *habeas-corpus*, quando o impetrante allega prisão, sob determinado direito de autoridade e uma isempção em lei por uma certa ordem de factos estabelecidos e a informação sustenta a autoridade, admittindo os factos estabelecidos, recusando-se a isempção legal articulada, dá-se uma simples expedição de lei, que deve ser processada pelo caso dado e nenhum facto de *hors* póde ser considerado legalmente na decisão.”

“O processo da ordem de *habeas-corpus*, dizia Wilmont, não foi creado para discutir factos; é elle summario, de curto espaço para encaminhar-se a opinião da côrte sobre a materia de direito, quando os factos são descobertos e admittidos; póde-se collocar o caso exactamente na mesma situação quando falsa prisão esteja em discussão, informando o detentor e estabelecendo factos para justificar a prisão emquanto o queixoso põe em duvida a acção e sua fôrma.”

A segunda questão a ventilar-se a respeito da natureza do motivo allegado é:

As decisões distinguem-se em decisões de direito e decisões de direito e de facto.

A decisão de direito é proferida quando os factos não são controvertidos.

Quando por exemplo; a detenção é considerada illegal; e o paciente reclama por uma isempção legal.

“A natureza e qualidade dos factos que pesam sobre a parte assim como a competencia em tomar conhecimento

delles, dizia Wilmont, devem ser considerados nas informações; a existencia, porém, dos factos, isto é, se tal facto foi commettido, ou se ha tal ordem de prisão como informa o detentor, é materia que exige *ad aliud examen*.

A côrte exprime-se: “Diga a causa porque prendeu.”

No segundo caso, o paciente póde não admittir certos factos expressos nas informações dadas, e negar ou contestar as allegações materiaes de factos indicados nas informações.

Isto constitue uma questão de facto que primeiro deve ser determinada para, si permanecer a de direito, ser esta dirigida.

A regra expressa na doutrina geral é que sómente devem ser consideradas aquellas materias que tiverem connexão com a questão da validade da detenção ou prisão e ás outras uniformemente despresadas. Sómente taes questões por terem sido envolvidas como necessarias é que serão determinadas.

“Quando o paciente está sujeito a um processo legal, diz Hurd, Os factos que podem ser indicados na decisão são os necessarios á ordem de prisão; e quando á coacção é reclamada de poder privado, os factos que devem figurar na decisão, são os pela lei necessarios a justificar a detenção.”

Na determinação das delicadas e embaraçosas questões que algumas vezes levantam-se nas informações à ordem de *habeas-corpus*, a verdadeira natureza della, deve constantemente estar presente a vista, afim de libertar de illegal coacção.

Os Americanos resumem a materia da decisão na seguinte these: E’ bastante a causa demonstrada para autorisar a expedição da ordem?

ART. 17

A prisão ou constrangimento se julgará illegal

O fundamento legal desta disposição é o art. 72 do Regimento do Supremo Tribunal Federal.

O Codigo do Processo Criminal no art. 353 tambem definia a prisão pelo seu systema não conhecia porém o constrangimento.

De maneira que deve esta disposição ser compreendida diante dos principios que servem de base a expedição da ordem nos termos constitucionaes:

1º, soffrimento effectivo ou imminente perigo de soffrer.

2º, violencia ou coacção.

3º, por illegalidade ou abuso de poder.

Si bem que já tivéssemos dito bastante, perante o nosso direito e das theorias Inglezas e Americanas, sobre a prisão, seja-nos licito, ainda, illustrar alguns pontos sobre falsa prisão, coacção e detenção.

Não é preciso que alguém esteja encerrado dentro das silenciosas paredes de um carcere ou prisão, para se julgar então e sómente, sob constrangimento ou prisão, e habilitado a usar da ordem de *habeas-corpus*, e sim desde que puder demonstrar que a coacção ou detenção é sem motivo provavel.

Todo constrangimento á pessoa é uma prisão.

“Simples palavras não constituem prisão.”

Se um official vos diz “eu vos prendo” a parte não está sob coacção e se fugir não é tido como tendo escapulado.

Se o official põe a mão na pessoa para prendel-a e ella, porém, fugir immediatamente, está presa.

Uma prisão effectuada por um official além dos limites de sua jurisdição é nulla.

Toda prisão em causa civil não ordenada em processo regular é illegal.

Toda retenção obrigatoria de alguém por alguma pessoa, ou sujeição de seus movimentos, é uma prisão.

O juiz Baldwin define prisão: “a detenção de alguém contra sua vontade, privando-o do poder de locomoção.”

Na pratica ordinaria, as palavras são sufficientes para constituir uma prisão desde que impõe uma coacção, e o queixoso está desse modo restricto, porque elle não está obrigado a correr o risco da repulsa e o insulto pessoal, resistindo até a violencia, caso seja feita.

Guardar uma pessoa em casa contra sua vontade, ou em lugar obrigado e detenção na rua, é uma prisão.

O termo “falsa” como se usa unida com a palavra

“prisão” significa ilegal; isto é, sem attender a questão se algum crime foi perpetrado ou algum debito é devido.

O juiz Robert. M. Charlton, da Georgia, sobre os motivos que servem de base á ordem, diz “o facto de uma creança de tenra idade quando detida impropriamente em guarda de sua pessoa, é sufficiente para fundamentar e manter a ordem de *habeas-corpus*.”

A ordem sem data é máo proceder.

A ordem de prisão não é prova dos factos que ella referir.

§ 1º. Quando não tiver uma justa causa.

Ennunciada essa disposição, comprehende-se que não ha methodo, systema ou regra que possa definir o que seja “justa causa.”

Já dissemos que os Inglezes chamam “causa provavel” e tambem os Americanos “boa causa.”

No terreno legal das violencias, coacções, constrangimentos, será “justa causa” os motivos que a fundamentem. Comparem-se pois esses motivos com as leis e o criterio do juiz ou Tribunal decidirá de sua existencia, justa ou injusta.

O Sr. Pimenta Bueno ensina a respeito desta razão de illegalidade: “não só a falta de criminalidade do facto, como a falta de prova, não identidade de pessoa, detenção indevida em uma prisão, em vez de ser transferido o réo para outra, afim de ser julgado, caso que os Inglezes chamam de *habeas-corpus ad prosequendum*. Blackstone, T. 4º pag. 217.”

Em relação ao crime os casos, porém, podem ser taxados porque a prisão tem normas a que está adstricta.

O que se diz da prisão applica-se à sua ameaça.

Sob dois aspectos podemos consideral-a em relação a questão que nos preoccupa.

Ou a prisão não tem sancção da lei.

Ou a prisão não tem os requisitos da lei.

A prisão não tem sancção legal.

As primeiras palavras em todos os codigos são: “Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qual fique.”

Esta regra de direito criminal tem justa applicação,

e sobe de importancia nas federações, por constituir direito substantivo, como na nossa.

Desde que não é crime, materia que incide no § 1º do art. 72 da Constituição da Republica, tambem não ha nenhuma pena, e por conseguir a prisão não póde ser effectuada contra o iniciado.

Exemplifiquemos: o damno entre heréos confinantes, em propriedade, immovel, urbana ou rural, sem que haja demarcação judicial, (art. 329 do Codigo Penal); o furto entre marido e mulher, não havendo separação judicial de pessoas e bens, entre ascendentes, descendentes e affins nos mesmos grãos (art. 335 do Codigo Penal.)

Tomemos agora o crime perante a Federação.

O direito criminal compete, (art. 34 § 23 da Constituição) ao Congresso Nacional privativamente.

Os Estados da União, por exemplo, ambiciosos em legislar podem sustentar que a acção publica não é de direito substantivo e sim de sua competencia.

Esquecem-se que o art. 407 lhes dá as normas da acção publica e então prescrevem uma regra absurda.

Podiamos exemplificar, não o fazemos.

Supponhamos que revivem o velho termo de bem viver ou arvoram qualquer infracção.

Convém lembrar a disposição do art. 410 do Codigo Penal só se refere aos casos taxados e na hypothese não serviria de padrinho.

Nestes casos a violencia tinha uma justa causa. Não.

Era fundamento legal á ordem, porque a incompetencia não podia ser articulada visto não ser esta objecto do assumpto. Pela lei estadual o juiz era competente, materia de direito adjectivo, a conhecer do assumpto. Se assim não fôr, ha confusão de principios e o Tribunal Supremo Federal já deliberou, não ha em regra no crime recurso extraordinario e a parte não tem caminho para o *habeas-corpus*.

Nada ha para extranhar nessa possibilidade quando vemos na America do Norte casos semelhantes, em processos policiaes.

No caso Kearney, externou-se, Cope, presidente da côrte Suprema da California: “A côrte deriva sua jurisdicção da lei e sua jurisdicção se estende a taes materias que a lei as declara criminaes e não de outro

modo, quando, pois, entende ella prender por um crime a que nenhuma penalidade esteja determinada, seus actos vão além da sua jurisdição.”

Esse facto se deu em S. Francisco depois de processo, condemnação e sentença da côrte de policia da mesma cidade e paiz.

Além deste, outros casos se vêm em Church na mesma côrte de policia de S. Francisco, no Estado de Allabama e Illinois por violação de uma ordem policial da cidade de Polo.

Vejamos mais uma hypothese, dentro da federação. O processo nullo, se bem que por autoridade competente do Estado. Essa nullidade pôde manifestar-se por falta de formulas, falta ou meios de defeza á parte.

Esperar para a revisão é fazer a parte soffrer uma delonga que é uma coacção.

Empregar o fundamento do § 3º do art. 72 do regimento do Supremo Tribunal Federal, quando o juiz é competente, é fugir dos principios e letra da lei. Logo o fundamento á ordem deve ser a materia que discutimos. E’ como si não existisse.

Supponhamos mais que uma lei nova não considera tal facto criminoso (art. 3º letra *a* doCodigo Penal) é ainda com esse fundamento que será concedido o *habeas-corpus*.

Ou deve ser applicada pena menor, letra *b* do mesmo artigo, desde que haja lei ou codigo novo. E’ ainda o *habeas-corpus*.

Ainda debaixo do mesmo aspecto temos todas as hypotheses do art. 71 doCodigo Penal que dispõe: “A acção penal extingue-se: 2º. Por amnistia do Congresso; 3º. Pelo perdão do offendido; 4º. Pela prescripção.”

Ainda duas hypotheses encontramos no art. 72 doCodigo Penal que dispõe: “A condemnação se extingue pelas mesmas causas que a acção e mais: 2º. Por indulto do poder competente; 3º. Pela rehabilitação.”

Qualquer violencia ou ameaça fundada nestas disposições encontra motivos para que a ordem se estribe na disposição citada.

Para fecharmos a nossa classificação ainda temos os casos em que a penalidade não seja prisão e no emtanto ella se realize.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assim prova com as decisões seguintes.

Accórdão de 11 de Janeiro de 1896 em que deliberou: é ilegal o constrangimento que soffrem os pacientes processados por crime de contrabando em razão de factos que, por decisão da competente autoridade administrativa, com força de sentença, não constituem tal crime (Dec. n. 2.343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 25.)

Accórdão de 14 de Março de 1896 sobre materia igual ao do anterior.

Accórdão de 15 de Julho de 1896: E' illegal a prisão que soffre o paciente por effeito de uma pronuncia, ainda que proferida por autoridade competente, hoje nullificada pelo beneficio da amnistia. A' justiça federal, pela prorrogação da sua privativa jurisdição sobre o crime politico principal de que se trata, cabe o conhecimento do crime commum imputado ao paciente.

O accórdão de 22 de Julho de 1896: E' illegal o constrangimento de que está ameaçado o paciente, condemnado por crime de injurias impressas, estando prescripta a acção criminal, pelo espaço decorrido entre a data da pronuncia e a da sentença de condemnação. A prescripção deve ser pronunciada *ex-officio*, embora não tenha sido allegada.

O accórdão de 9 de Fevereiro de 1895. "E' caso de *habeas-corpus* por constrangimento illegal, ser o paciente obrigado pelo juiz a prestar fiança definitiva, podendo pela lei livrar-se solto."

Accórdão n. 837 de 30 de Novembro de 1895. E' constrangimento illegal a ameaça de prisão por crime de contrabando, desde que o ministro da Fazenda competentemente decidiu que os factos imputados aos pacientes não constituem tal crime.

Accórdão n. 841 de 18 de Dezembro de 1895. E' illegal o constrangimento que soffrem negociantes processados, tendo o Ministro da Fazenda por decisão que tem força de sentença judicial declarado que os factos que lhe são attribuidos não constituem tal crime.

Consideremos agora o segundo aspecto da prisão:

A prisão não tem os requisitos legais.

Em occasião opportuna já estabelecemos os requisitos da prisão, quer em flagrante, quer a preventiva, quer a

civil por efeitos civis ou commerciaes, quer a por extradicação e finalmente a administrativa.

Não se effectuando ella com os requisitos exigidos a parte tem o direito de pedir a ordem de *habeas-corpus*.

Debaixo dessas idéas podemos fazer uma enumeração dos diversos casos, ficando outros para comparação das diversas disposições de lei com os factos dados:

- a) falta de nota constitucional ou mandado de prisão;
- b) prisão em crime afiançavel, querendo o paciente afiançar-se;
- c) prisão preventiva em crime afiançavel;
- d) prisão preventiva sem os seus requisitos;
- e) prisão administrativa de quem não seja responsavel da fazenda;
- f) prisão por extradicação sem os requisitos da lei;
- g) prisão civil de não commerciante por efeitos commerciaes;
- h) prisão inflagranti delicto sem o respectivo auto;
- i) prisão inflagranti delicto quando do auto não consta a flagrancia;
- j) prisão para deportação sem os requisitos da lei;
- k) prisão de preso politico em lugar prohibido pela lei do sitio.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido conforme as suas sentenças o seguinte:

Accórdão de 15 de Fevereiro de 1896: Constitue ameaça de constragimento illegal a expedição de mandado de detenção pessoal nos termos do art. 343 § 5º do Regul. n. 737, por motivo de occultação de bens á penhora em execução de sentença, não sendo o paciente commerciante e nem commercial a sua divida.

Accórdão de 11 de Março de 1896. Só póde ser legalmente preso o denunciado por crime afiançavel depois de pronunciado, não prestando a devida fiança para se livrar solto.

Accórdão de 19 de Setembro de 1896. E' illegal a prisão do paciente por não ter sido preenchida a exigencia contida no art. 1º n. 7 paragrapho unico do Decreto n. 39 de 30 de Janeiro de 1892, relativo a extradicação dos criminosos.

Accórdão de 13 de Março de 1895. “A deportação

de estrangeiro, fóra dos casos em que a lei autorisa, importa constrangimento illegal.”

Accórdão de 6 de Abril de 1895 n. 764. E’ illegal a prisão preventiva nos crimes inafiançaveis, fóra do caso de flagrante delicto, não sendo effectuada nas condições do art. 13 § 2º da lei n. 2.033 de 1871.

Accórdão de 6 de Abril de 1895 n. 769. “Concede-se a ordem de *habeas-corpus*, quando foi expedido mandado de prisão preventiva fóra dos termos prescriptos na lei; e porque, tendo sido commettido o crime ha mais de um anno, é illegal a prisão preventiva, não estando o réo pronunciado.”

Accórdão n. 798 de 10 de Julho de 1895. E’ illegal a prisão de um individuo não commerciante, por falta de exhibição de livros de escripturação mercantil, que não é obrigado a ter.

Accórdão n. 828 de 18 de Setembro de 1895. “Na duvida acerca da classificação do crime de tentativa de morte ou de ameaça, a vista das contradicções das testemunhas, concede-se a ordem de *habeas-corpus*, para que o paciente se livre solto.

Accórdão n. 851 de 19 de Dezembro de 1895. E’ illegal a prisão do paciente denunciado por crime de furto e processado pelo de estelionato.

Accórdão n. 1.073 de 16 de Maio de 1898, por estarem os pacientes, criminosos politicos, presos em lugar individo.

Questão de alta importancia juridica se prende a disposição que ora analysamos: a competencia do juiz ou Tribunal em examinar os fundamentos da prisão, por conseguinte a prova dada para a expedição do mandado. Igual applicação existe ao flagrante quando delle não constam os verdadeiros caracteres do acto a que se prende.

Em relação a preventiva sobe de importancia porque é a propria lei que estabelece as prescrições por um lado, a conveniencia da prisão por outro, taxando os meios de prova, em que ella, se deve fundar.

Na America do Norte o poder dos juizes vai não só a rever essa prova dada como a attribuição de perante o juiz em que pende o *habeas-corpus* de produzir e ouvir nova prova.

O procedimento do *habeas-corpus* é summario e

grande discricção é dada para nelle ser exercida pelas côrtes e juizes.

Quando a lei estatue que as côrtes e juizes podem ventilar o complexo das materias levadas perante ellas pelo *habeas-corpus*, servem indubitavelmente de regra e guia, os principios geraes de prova, não estando, porém, subordinados elles só a estriccta adhesão como nos processos do jury, porque, como se enuncia o grande juiz Tilghman “presume-se que o conhecimento que elles tem da lei previne-os de serem levados pelo que dizem as testemunhas, ao que não fôr estricctamente legal.”

Sobre a prova sufficiente que autorisa a prisão notamos.

Alguns estatutos prescrevem que a ordem de *habeas-corpus* deve ser expedida “quando a parte foi presa em assumpto crime sem razoavel ou provavel causa.”

Estas palavras tem sido entendidas, applicarem-se sómente aos casos, em que a prova dada é insufficiente para a ordem de prisão decretada pelo juiz; e que não estão autorisados a de novo examinar no *habeas-corpus*, as materias então em decisão; que o preso não, póde ser relaxado pelo *habeas-corpus* senão de sua prisão illegal; que si essa prisão não é illegal, nenhuma materia póde ser allegada que o innocente, si a prova dada nos depoimentos é bastante para a ordem de prisão e ha a crença de que é criminoso; que em tal caso deve esperar uma decisão ou para ser processado ou pelo grande jury ou a absolvição.

A regra de inquirir nas prisões feitas pelos magistrados não é uniforme.

Em alguns estados taes decisões devem ser revistas, em outros não.

Nos estados em que a prisão do magistrado está sujeita a ser revista, a prova deve ser examinada pelo juiz ou côrte no *habeas-corpus*, porque a prisão do magistrado póde ter ido a uma errada conclusão.

Mesmo ahi a prova é assim examinada geralmente antes da accusação fixada.

Um outro motivo póde servir de razão ao *habeas-corpus* que se deve incluir nesse fundamento, como nos ensina o Sr. Pimenta Bueno — a identidade de pessoa.

A questão de identidade é sempre uma das principais nos procedimentos de *habeas-corpus*.

E' preceito que deve ser respeitado em relação determinada nesses procedimentos como nos de extradicação.

A questão de identidade deve ser levantada para determinação precisa si o paciente é ou não a pessoa referida.

E' para attestar a identidade do réo que se procede ao auto de qualificação, primeira peça do processo, logo que fôr apresentado em juízo, regulado pelo art. 98 do Código do Processo e arts. 171 e 172 do regulamento n. 120, que veio substituir, diz o Sr. Pimenta Bueno, o *antigo termo de habito e tonsura*.

O Supremo Tribunal Federal decidiu em accordão n. 835 de 30 de Outubro de 1895. "E' illegal a prisão quando se contesta e não se prova a identidade da pessoa processada e condemnada a revelia, contra quem foi expedida ordem de prisão."

O Código de procedimentos Argentino estabelece regras para se apurar a identidade dos delinquentes nas varias disposições seguintes.

Art. 264. Nos casos em que se impute a perpretacão de um facto punivel a alguém cujo nome se ignora ou seja commum a varios, o Juiz ordenará o reconhecimento deste por aquelle que tiver feito a imputação.

Art. 265. No reconhecimento se observará o seguinte:

1°. Que a pessoa que fôr objecto delle não se disfarce nem se desfigure.

2°. Que appareça acompanhado de outros individuos vestidos da mesma maneira semelhante quanto fôr possivel.

3°. Que os individuos que o acompanhem sejam da mesma classe, em relação a educação, modos e circunstancias.

Art. 266. Collocada em uma fileira a pessoa destinada á confrontação e as que devem-na acompanhar, se introduzirá o declarante e depois de prestar juramento de dizer a verdade, se lhe perguntará:

1°. Si persiste em sua declaração anterior.

2º. Si depois de ter visto a pessoa a quem attribue o facto, em que lugar, porque motivo e com que objecto.

3º. Si entre as pessoas presentes se encontra a que designou em sua declaração ou imputação.

Affirmando a ultima pergunta, para o que se lhe permittirá que examine as pessoas da roda ou fileira, se lhe previnirá que designe a que tem por delinquente, e que declare as differenças e semelhanças que observar no estado actual da pessoa designada da epocha a que sua declaração ou imputação se refere.

Art. 267. No auto da diligencia que se lavrar ficarão constando todas as circumstancias do acto, assim como os nomes de todos os que houverem formado a rôda ou fileira.

Art. 268. Quando forem diversos os que tiverem de reconhecer a uma pessoa, a diligencia deverá praticar-se separadamente com cada um delles, sem que possam communicarem-se até que se tenha effectuado o ultimo reconhecimento.

Quando forem varios os que tiverem de ser reconhecidos por uma mesma pessoa, poder-se-ha fazer o reconhecimento de todos em um só acto.

Art. 269. O que tiver de prender a algum supposto culpado que não fôr conhecido, tomará todas as precauções necessarias para que o detido ou preso não tenha em sua pessoa ou traje alteração alguma que possa diffcultar seu reconhecimento com quem deva corresponder.

Art. 270. Si o presuppuesto réo, ao receber a declaração, negar seu nome e apellido, sua nacionalidade ou domicilio, ou fingir, se procederá a identidade por meio de testemunhas de conhecimento, e em sua falta por meios que parecerem opportunos.

Art. 271. Afim de que possam servir como prova de identidade, se fará constar com minuciosidade possivel as scenas particulares do processado.

Na jurisprudencia Americana encontramos os seguintes casos:

Quando a identidade é duvidosa, um juiz deve decidir a questão.
(*Respublica v. Jailler of Philodelphia.*)

Na Pennsylvania uma ordem foi expedida por um juiz da côrte de *common pleas* exigindo do *sheriffe* que levasse um individuo ao lugar em que uma felonía tinha

sido por elle praticada. Em *habeas-corpus* perante o mesmo Juiz, estabeleceu elle que não tinha poder de conhecer dos factos e do merecimento do crime allegado não tendo certeza si o preso era a mesma pessoa, pelo que o processo em virtude do qual a informação foi dada, foi considerado regular. (*Case of Cam. v. Taylor et. al*, 11 Phila. 386.)

A questão de identidade da parte presa com a descripta na extradicação como fugitiva, no mandado do governador, é uma questão apta a ser inquirida em *habeas-corpus*. (*Leary's case*.)

E parece que o poder legislativo da Pennsylvania expressamente limitou o exame do *habeas-corpus* á questão de identidade.

Na Indiana, quando a identidade do preso é allegada nas informações ao *habeas-corpus*, está estabelecido que só póde ser tratada no estado requisitante. (*Robinson v. Flanders*.)

Quando a fl. 68 negavamos o recurso do *habeas-corpus*, da pronuncia ou condemnação proferidas por juiz competente, estabelecendo que desses actos juridicos decorriam recursos ordinarios de que a parte podia lançar mão, notamos fundados no accordão n. 60 de 4 de Dezembro de 1895 que o Supremo Tribunal Federal firmara o principio “que, em regra, não tem cabimento o recurso extraordinario em negocio crime” e que para a parte não ficar tolhida teria de se utilizar do motivo geral “falta de justa causa” naquelles casos em que ella precisava daquelle recurso.

Dir-se-ha:

1º, que a doutrina do accordão não restringe á parte porque a revisão substitue perfeitamente o recurso extraordinario;

2º, que a latitude do *habeas-corpus* abrange aquelles casos que não puderem ser colhidos pela revisão;

3º, que parece não haver caso algum que delle necessite;

4º, que si a legislação Americana, onde fomos beber os principios novos do nosso systema politico admitte o sob o nome de ordem de erro (*Writ of error*) é por não possuir essa legislação o processo de revisão.

Com o acatamento que devemos ao digno Tribunal, não encontramos fundamento em lei para o *accordão* citado, mesmo quando elle não se arriscasse a negar peremptoriamente o recurso extraordinario em negocio crime.

O recurso da revisão não substitue nem pode substituir a *appellação* crime para o Supremo Tribunal como recurso extraordinario.

Uma consideração é preciso estabelecer de antemão em relação ao inicio de ambos os recursos, é que só podem ser tentados depois da ultima decisão.

A revisão por sua natureza, por seus effeitos é sempre favoravel ao réo depois de condemnado.

Ahi estão os ns. 7 do § 1º do art. 74 da lei 221 de 1894.

A decisão que possa provocar o recurso extraordinario ha de contrariar o direito de alguém.

Mas não são sómente os réos condemnados os unicos interessados no processo crime.

Os autores nos ditos processos ou os representantes do Ministerio publico são destituídos de levar seu direito até a ultima instancia; porque razão ?

Em que disposição de lei se funda esse principio?

A Constituição da Republica no art. 59 n. III § 1º letras *a* e *b* estatue os casos desse recurso.

O dec. 848 e o regimento do Supremo Tribunal ainda mencionam outros em que se dá o mesmo recurso.

Nas suas expressões “leis” o legislador não qualificou as leis si “civis ou crimes”. Como pois distinguir?

Em um processo crime em que “se questionar sobre a validade de lei federal e a decisão do tribunal fôr contra ella” porque não é cabivel o recurso?

Não terá applicação? Basta examinar as legislações processuaes dos Estados onde se encontram milheiros de exemplos.

A conhecida lei Alfredo Pinto.

Os principios processuaes de certo Estado da Federação em que tantos são os exemplos em que se vêm as disposições dos diversos paragraphos do art. 72 da Constituição restrictos, illudidos, esquecidos; essas materias não incidem nos termos em que o recurso é permitido ?

Quanta aos réos, accusados ou condemnados, os pa-

cientes, o Supremo tem lançado mão, ora da revisão, ora do proprio *habeas-corpus*.

Mas no processo em que ha parte qual o recurso que lhe fica reservado?

No n. 1º do § 1º do art. 74 da lei 221 de 1894 a lei claramente determina “texto expresso da lei penal.”

Os ns. 2º e 3º do mesmo paragrapho encerram toda materia que dá lugar ao *habeas-corpus* fundado no § 3º do art. 72 do regimento do Supremo.

Quaes os casos de revisão e quaes os de *habeas-corpus* ?

“Um julgamento póde ser erróneo, diz o juiz Miller ex-parte Lange, e não nullo, e póde ser erroneo porque é nullo. As distincções entre decisões nullas e sómente annullaveis são muito delicadas e podem cahir quer n’uma quer n’outra classe conforme são consideradas aos diversos fins.”

Quanto incidente oriundo da lei constitucional póde annullar o processo crime?

N’esses casos pois nem a revisão nem a maior latitude do *habeas-corpus* serve de auxilio á liberdade individual.

E a razão está: a esphera do Juiz é determinada pela lei local, da competencia do Estado; o que é formula ou termo essencial não é determinado pelo direito substantivo e sim pelo adjectivo, no entanto quer n’um quer n’outro caso, fêre a defeza, o direito constitucional. Qual o recurso ?

Casos pois existem que precisam do recurso extraordinario independentes da revisão e do *habeas-corpus*, a não ser que o caso que não incidir n’aquella cahia neste. Mas neste caso o *habeas-corpus* absorve tudo, mesmo quando não estiver na lei, na jurisdicção, é a ultima ratio na falta de outro qualquer meio.

Mas então sejamos francos, sigamos a jurisprudencia Americana, deixemos de nugas, confessando que é a evolução do direito.

Está estabelecido por decisões judiciaes que a Suprema Côrte dos Estados-Unidos “não tem poder geral de rever as decisões das côrtes inferiores nos casos crimes pela ordem de *habeas-corpus* ou outra qualquer. Sua jurisdicção está limitada á simples questão do poder da côrte em prender pelo facto pelo qual foi condemnado.

Si é verdade que a ordem de *habeas-corpus* não póde geralmente ser expedida para favorecer o objectivo de uma ordem de erro, ainda quando o preso é conservado sem autoridade legitima e por ordem excessiva de uma côrte inferior federal, a Suprema Côrte deverá, em favor da liberdade, expedir a ordem, não para rever o todo do caso, mas para examinar a autoridade da côrte inferior.”

O Supremo Tribunal tem direito, tem poder, na legitima autoridade de interpretar a lei bazica, as leis organicas da Justiça federal nos casos que a elle forem, de evoluir, mas não confundir os principios e em occasião de apertos até dos deveres de humanidade lançar mão porque não quer estabelecer doutrina nova.

E’ o que os Americanos chamam a construcção como regra interpretativa.

Os casos de revisão citados confundem-se com os de *habeas-corpus* citados, principalmente os processos nullos, porque pois determinar a desnecessidade do recurso *ad instar* do argumento na America do Norte?

Vejamos o que dizem as leis Americanas, sua evolução e julgados.

Possuem elles os seguintes recursos:

1º, o de *habeas-corpus* em todo e qualquer Juiz ou côrte local ou federal.

2º, o poder das côrtes de geral jurisdicção de superintender as decisões locaes ou inferiores no particular á liberdade individual.

3º, a ordem de erro e a appellação, como substitutos, á revisão que elles não possuem.

“A irregularidade ou erro, diz o juiz Sanderson, que torna um julgamento annullavel, é a falta de cohesão á alguma regra ou maneira prescripta em processo e consiste ou na omissão de alguma cousa que é necessaria a direcção precisa e regular de um processo, ou sua realização fóra do praso ou por maneira impropria. Ao contrario, a illegalidade póde ser affirmada sómente por defeitos radicaes e significa o que é contrario aos principios de lei, do mesmo modo distincto das regras do processo. A illegalidade denota completo defeito nos processos.”

Isto tem sido indicado por muitos juizes, quer na Inglaterra quer na America, ficando estabelecida a regra

geral que a ordem de *habeas-corpus*, não póde colher taes erros ou irregularidades que tornem um julgamento annullavel sómente, sim quando taes irregularidades o tornam nullo.

Estabelecem, clara e terminantemente que o *habeas-corpus* não é o meio juridico para rever os erros e irregularidades de decisão final.

A secção 1909 dos estatutos revistos dos Estados Unidos, 1867, dispõe que uma ordem de erro ou appellação será permittida para a Suprema Côrte dos Estados Unidos de qualquer decisão das côrtes supremas creadas por este titulo “os territorios” ou de algum juiz delles, ou das côrtes de districto creados por este titulo, ou de algum juiz delles sobre ordens de *habeas-corpus* que envolvam a questão do liberdade pessoal.

Simples erros na côrte inferior não podem ser corrigidos em *habeas-corpus*. Em taes casos os methodos ordinarios de revista são por appellação ou ordem de erro.

Quando porém, os procedimentos são absolutamente nullos, quando a côrte inferior não tem jurisdição sobre a pessoa e caso, e a parte tem de soffrer a prisão illegal a pezar da usurpação de uma tal jurisdição, a côrte superior, ou a que tiver a prerogativa de expedir *habeas-corpus*, reverá os procedimentos por aquella ordem e relaxa o preso da prisão illegal.

Isto, comtudo, é um modo especial de exercer o poder de inspecção sobre côrtes e tribunaes inferiores, é sómente restricto a classe limitada de casos. Assim quando uma côrte inferior tem jurisdição sobre a pessoa e materia em assumpto crime, a Suprema Côrte não reverá a legalidade dos procedimontos em *habeas corpus*, sómente uma ordem de erro será levada aquella côrte. Taes auxilios, comtudo, serão dados quando os procedimentos inferiores forem inteiramente nullos, ou por falta de jurisdição ou outra qualquer causa. (Brandley in-ex-parte Parks, 93 U. S. 18 e outros.)

Póde-se allegar que as decisões das côrtes dos Estados Unidos não são nullas, porque a decisão não demonstra jurisdição. Ellas são sómente annullaveis pela ordem de erro. (Ex-parte Watkins, 3 Pet. 193.)

Ainda no § 363 nos ensina Church: Já está estabelecido por mil côrtes e juizes que erros e irregularidades

allegadas depois da decisão do julgamento não podem ser inquiridos em *habeas-corpus* e que a ordem de *habeas-corpus* nunca foi considerada como ordem de erro, pelos quaes erros e irregularidades de final julgamento podem ser revistas.

A ordem de *habeas-corpus*, disse Bradley, juiz da Suprema Côrte dos Estados Unidos, não pôde ser usada como simples ordem de erro. Simples erros no julgamento ou processos, em razão dos quaes a parte está presa, não constitue fundamento da expedição da ordem.

Por isso nas informações ao *habeas-corpus*, que o preso é detido em condennação e sentença por côrte competente, a regra geral é que será reinviado a prisão imediatamente.

Nenhuma inquirição será instituida na regularidade dos processos, a não ser quando a côrte tenha conhecimento da ordem de erro ou appellação para rever o julgamento. Em tal caso, si o erro fôr aparente e injusta a prisão, a côrte appellada pôde, talvez, por sua discrição, dar immediato auxilio em *habeas-corpus* e desse modo poupar a parte da demora e despesas da ordem de erro. (Ex-parte Siebold, 100 U. S. 375.)

Por mais flagrante que seja o erro a parte deve allegar-o em appellação, ordem de erro ou *certiorari*; seu remedio não é o *habeas-corpus*. Nesta ordem nada pôde ser investigado a não ser os defeitos de jurisdição.

Na Republica Argentina o art. 14 da lei de 25 de Agosto de 1863, citada, dispondo sobre os casos de appellação das decisões difinitivas dos Tribunaes Superiores da Provincia estatue:

1º. Quando no pleito se questione a validade de um tratado, de uma lei do Congresso, ou de autoridade exercida em nome da Nação; e a decisão tenha sido contra sua validade;

2º. Quando a validade da lei, decreto ou Autoridade de Provincia, seja posto em questão sob o fundamento de ser repugnante á Constituição Nacional, aos tratados ou leis do Congresso, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou autoridade da Provincia;

3º. Quando a intelligencia de alguma clausula da Constituição, ou de tratado ou lei do Congresso, ou commissão exercida em nome da Autoridade Nacional, tenha

sido contestada e a decisão seja contra a validade do título, direito, privilégio em isenção que se funde na dita cláusula e seja matéria do litígio.

No art. 15 estatue mais que a simples interpretação ou aplicação que os Tribunais de Província fizerem das disposições dos códigos não dará ocasião a este recurso.

No art. 16. Nos ditos recursos quando a Suprema Corte revogar, fará uma declaração sobre o ponto disputado e devolverá a causa para que novamente seja julgada, ou resolverá sobre o fundo, e ainda poderá ordenar a execução, especialmente si a causa já tiver sido devolvida por idêntica razão.

Nos parece que não deve haver confusão no emprego dos recursos.

Quando o processo está nullo mas por autoridade competente o recurso a usar deve ser o da revisão, de outro modo a limitação da pronúncia e da condenação desaparece.

Quando o processo contém nulidades si são relativas à competência, o *habeas-corpus* é o meio adequado como era toda parte em que elle é instituído. Si são em relação a fórmulas ou formalidades do processo é ainda o processo da revisão.

Quando o processo contém nulidades que affectam os princípios constitucionaes é a appellação extraordinaria nos casos em que ella é instituída.

No artigo sobre os effeitos definitivos do *habeas-corpus* veremos esta ultima conclusão apadrinhada nos Estados Unidos.

§ 2º. Quando o paciente estiver preso sem ser processado por mais tempo do que marca a lei.

Este característico de illegalidade é definido pelo § 2º do art. 72 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

O § 2º do art. 353 estabelecia: quando o réo esteja na cadeia, sem ser processado, por mais tempo do que, marca a lei.

A falta de processo é que constituo a illegalidade e não o julgamento.

Já no antigo regimen tínhamos o aviso de 12 de Junho de 1835 que determinava que a ordem de *habeas-corpus* não teria execução, nem o preso relaxado da prisão, quando fosse concedido o *habeas-corpus* sob o pretexto de estar o paciente preso por mais tempo do que marca a lei, se já estiver pronunciado á prisão e livramento.

Este aviso era o respeito á pronuncia, e ao que estabelecemos confirmados pelo § 2º do art. 18 da lei 2.033.

O art. 72 do regimento do Supremo melhor comprehendeu a disposição para que não se fundasse alguma ordem na demora da prisão, materia do paragrapho anterior, nem fallou em julgamento, assumpto de previsão do art. 17 § 6º da lei 2.033.

Examinemos a condicional do artigo “por mais tempo do que marca a lei.”

O art. 148, ultima parte, doCodigo do Processo criminal determina: “A formação da culpa não excederá o termo de 8 dias, depois da entrada na prisão, excepto quando a affluencia de negocios publicos, ou outra difficuldade insuperavel obstar, fazendo-se comtudo o mais breve que fôr possivel.”

No dominio do Codigo do Processo o art. 1º do Decreto de 25 de Maio de 1859 determinava: “o Juiz formador da culpa sempre que tenha de concluir processo fôra do praso, declarará no despacho de pronuncia os motivos justificaveis da demora.” E ainda o art. 2º do mesmo decreto: “os juizes superiores, quando por meio dos recursos tiverem de tomar conhecimento dos autos, apreciarão os motivos allegados e se os acharem improcedentes mandarão remetter ao representante do Ministerio publico os papeis, por traslado, referentes ao facto, para os fins de direito.”

Estes prazos que por essas disposições, se vê, não são fataes, dependendo de motivos que podem ser apreciados pelos juizes e Tribunaes, estão sujeitos ao inicio do summario pela legislação posterior áquellas disposições.

A lei 2.033 de 1871 e seu regulamento vieram estabelecer os prazos para a apresentação da queixa ou denuncia:

a) no caso de flagrante delicto, se o réo obtiver fiança, dentro de trinta dias da perpretação do delicto. (Lei 20 de

Setembro art. 15 § 1º e Dec. 22 de Novembro de 1871 art. 22.)

b) dentro de 5 dias, se o réo estiver preso;

c) de 5 dias, contados da data do recebimento dos esclarecimentos e provas do delicto ou em que este se tornar notorio nos demaes casos. (Lei cit. art. 15 § 2º e 3º Dec cit. art. 22.)

Dentro pois desses prazos ao Juiz ou Tribunal que tem de apreciar do *habeas-corpus* fica o justo arbitrio de julgar da demora ou não do processado.

O Supremo Tribunal Federal assim tem julgado.

Accórdão de 18 de Janeiro de 1896 “E’ iilegal o prolongamento da prisão dos pacientes, desde que não se mostra ser devida á diffículdade insuperavel a grande demora do processo, não sendo admissivel para justificar-o a affluencia de outros serviços.”

Accórdão de 21 de Março de 1896: “E’ illegal a prisão, estando o paciente preso sem culpa formada por muito mais tempo do que manda a lei, depois de annullado o processo em que foi antes pronunciado, sem que conste si foi o mesmo processo reformado, e si foi o paciente de novo pronunciado.”

Accórdão de 19 de Janeiro de 1895. E’ illegal a prisão e caso de *habeas-corpus* quando o paciente é conservado preso sem processo e sem juiz que o julgue, por mais tempo do que marca a lei para a formação da culpa.

Este accórdão mencionando as expressões “sem juiz que o julgue” separou-se da disposição legal.

Accórdão n. 836 de 6 de Novembro de 1895. Não é illegal a prisão do indiciado em crime inafiançavel, ordenada por autoridade competente quando se justifica a demora havida na formação da culpa.

Igual doutrina estabeleceu o accórdão n. 846 de 4 de Dezembro de 1895.

Accórdãos n. 847 de 7 de Dezembro de 1895 e n. 852 de 19 do mesmo mez e anno. E’ illegal a prisão quando o indiciado se acha preso sem culpa formada por mais tempo do que marca a lei e não se justifica a causa da demora.

§ 3º. Quando o seu processo estiver evidentemente nullo, não havendo sentença proferida por juiz compe-

tente, de que caiba recurso ordinario, ou que tenha passado em julgado.

O fundamento desta disposição é o § 3º do art. 72 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

Já o Código do Processo Criminal no art. 353 § 3º considerava a prisão ilegal quando “o processo estivesse nullo.”

Foi mais tarde que veio a disposição do § 2º do art. 18 da lei 2.033 limitando essa nullidade aos processos em que não houvesse “pronuncia ou sentença de juiz competente.”

Eis porque assim foi redigido o § 3º do art. 72 citado.

A razão que constitue prisão ilegal é a nullidade do processo esteja concluido ou não.

No primeiro caso “não havendo sentença de que caiba recurso ordinario.”

No segundo quando “tenha passado era julgado.”

Ambas as hypotheses estão subordinadas ao principio “o juiz incompetente”, porque sendo o juiz ou Tribunal competente, em qualquer dos casos, o *habeas-corpus* não tem lugar. Os recursos como dissemos da pronuncia são os para o poder superior, se findo ou passado em julgado é a revisão.

Consideremos as nullidades dos processos.

Esta materia funda-se em geral mais na pratica dos Tribunaes que em disposições de textos claros das leis.

Podemos enumerar as nullidades debaixo dos seguintes pontos de vista:

Ser a parte illegitima.

No processo do antigo regimen as disposições reguladoras eram os arts. 72 e 74 do Código do Processo.

Deante dos termos restrictos do art. 72, sendo a materia de legitimidade de pessoa, materia de lei e por isso não podendo ser supprida por uma interpretação extensiva, comprehendeu a pratica que era defeituosa, a disposição deixando de exercer o seu direito quem devia fazel-o.

Foi assim que o legislador do governo provisorio veio estabelecer os verdadeiros principios em theses

geraes, compatíveis com o desenvolvimento do direito e da justiça.

A disposição que rege esta matéria é de direito substantivo, o art. 407 do Código Penal da República que dispõe:

“Haverá lugar a acção penal:

§ 1º. Por queixa da parte offendida ou de quem tiver qualidade para representá-la.

§ 2º. Por denuncia do ministerio publico em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se:

1º. Os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante;

2º. Os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calúnia e injúria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvo os casos do art. 274.

§ 3º. Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inafiançáveis, quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos da lei.”

Ainda perante a Justiça Federal é esta a regra que se deve seguir. Assim sustentamos neste particular apesar do art. 51 do Decreto 848 que organizou a Justiça Federal reproduzir o art. 72 do Código do Processo Criminal, porque seria limitar a queixa aquellos casos taxados, no mesmo dia em que era publicado o Código Penal, com os verdadeiros principios, este com numero 847 e o da Justiça Federal com o de 848 !!

Convém salientar que pelo Código Penal a denuncia não constitue inicio de acção crime, não é ella permittida.

E’ forçoso como consequencia também observar que nos crimes de responsabilidade a acção é regulada pelo direito adjectivo que os Estados estabelecerem.

Do mesmo modo nos crimes politicos e de responsabilidade da esphera da Justiça Federal a acção pertence aos representantes do Ministerio Publico Federal e a qualquer do povo. (Art. 52 do Dec. 848.)

Segue-se também que na esphera da Justiça Federal os crimes que não forem os mencionados na disposição do art. 52 citado, não são susceptíveis de começarem por denuncia.

Na Justiça Federal também ha uma regra directora

é a do art. 50 do Dec. 848 que determina: “Os juizes federaes procederão criminalmente, provocada a sua acção por queixa ou denuncia.”

Ha a excepção do final do art. 63 Dec. 848, isto é, o processo *ex-officio* de responsabilidade contra o procurador da Republica.

Toda materia que infringir as disposições citadas decretada pelos Estados, constitue razões para o pedido de *habeas-corpus* com o fundamento do § 1º do art. 72 da Constituição.

O que tudo já expuzemos quando disso tratamos.

Na legislação processual do Estado do Rio é permittida á parte, pelo art. 320 da lei 43 A, seguindo-se o processado dos arts. 78 e 79 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, oppôr a excepção de illegitimidade de parte, verbalmente ou por escripto, em todos os processados crimes.

Da incompetencia de juizo.

A materia de competencia na federação tem acima de todos os principios a grande regra da esphera da Justiça Federal e da local; o que pertence á Justiça da União e á dos Estados.

Considerada esta regra ahi vem os principios geraes que tem justa applicação em uma e outra esphera.

O Sr. Pimenta Bueno, em seu § 108 ao processo criminal ensina:

“Para firmar a competencia, tem-se de reconhecer não menos de tres condições, cada uma das quaes póde determinar a incompetencia:

1º. O assumpto ou materia de que se trata, é da natureza ou numero daquelles cujo conhecimento a lei attribue ao julgador, ou não? Si não é desse numero, segue-se que elle é incompetente *ratione materiae*.

2º. Ainda em caso affirmativo, cumpre demais examinar si a pessoa do réo tem ou não algum fôro especial, em razão de algum cargo seu, dá-se a incompetencia *ratione personæ*.

3º. Ainda quando a pessoa não tenha fôro privilegiado, cumpre reconhecer si no caso dado prevalece a competencia *ratione loci*.”

Examinemos em primeiro lugar a competencia da Justiça da União.

O Senado da Republica processa e julga o Presidente da Republica nos crimes de responsabilidade, depois que a Camara declarar procedente a accusação (Const. arts. 33 e 53) e os Ministros de Estado nos connexos com os do Presidente. (Const. arts. 33, 52 § 2º e 53.)

O Supremo Tribunal Federal processa e julga, originaria e privativamente :

a) o Presidente da Republica, nos crimes communs. depois que a Camara declarar procedente a accusação. (Const. arts. 52, 53 e 59 n. I letra a);

b) os Ministros de Estado em todos os crimes communs e nos crimes de responsabilidade que não forem connexos com os do Presidente da Republica;

c) os Ministros diplomaticos nos crimes communs e de responsabilidade;

d) os membros do Tribunal nos crimes communs;

e) os juizes federaes inferiores, inclusive os substitutos e supplentes, nos crimes de responsabilidade.

Tambem foi commettido ao Supremo Tribunal pelo art 53 da lei n. 85 de 20 de Setembro de 1892, processar e julgar nos crimes de responsabilidade o Prefeito Municipal, de conformidade com as leis que definem e regulam a responsabilidade dos Ministros de Estado.

O Supremo Tribunal Federal por accórdão de 17 de Agosto de 1895 decidiu que este commettimento era inconstitucional por não poder qualquer lei ordinaria augmentar nem diminuir as attribuições do Tribunal.

Como já vimos é essa a theoria Americana mas em relação a jurisdicção originaria.

Depois desta decisão o Prefeito ficou irresponsavel até que a lei n. 543 de 23 de Dezembro de 1898 conferiu á côrte de appellação conhecer dos crimes de responsabilidade.

O Dec. n. 392 de 8 de Outubro de 1896 art. 1º § 8º reorganizando o Tribunal de Contas tambem commetteu ao Supremo Tribunal Federal processar o Presidente e demais membros do Tribunal nos crimes de responsabilidade.

E' de crer que em caso dado o Supremo Tribunal

proceda do mesmo modo que a respeito do Prefeito, visto como, são applicaveis as mesmas razões.

Para os juizes de secção no dominio do art. 12 § 1º da lei 221 de 1894 a competencia era regulada de modo seguinte: Em materia criminal, salvo os processos por crime de responsabilidade dos procuradores seccionaes, adjuntos, ajudantes, solicitadores e escrivães, não proferiam sentença condemnatoria ou absolutoria senão de conformidade com as decisões do jury a que presidiam.

Depois da lei 515 de 3 de Novembro de 1898 estes juizes processam e julgam os crimes de responsabilidade dos funcionarios referidos e formam a culpa e proferem a sentença de harmonia com a decisão do Jury Federal e nos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e outros qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247, 250 e 265 do Codigo Penal, pertence a formação da culpa aos juizes substitutos com recurso obrigatorio para o Juiz Federal da secção e voluntario para o Supremo Tribunal Federal e julgamento do Juiz Federal da secção.

Ao Jury Federal compete o julgamento: (Art. 20 da lei 221 citada)

I. Dos crimes definidos pelo Codigo Penal, no Liv. 2º T. 1º e seus Capítulos e Tit. II, Cap. I;

II. Sedição contra funcionario federal ou contra a execução de actos e ordens emanadas de legitima autoridade federal, conforme a definição do art. 118 do Codigo Penal;

III. Da resistencia, desacato e desobediencia á autoridade federal e tirada de presos do poder da Justiça Federal, segundo as definições dos Capítulos 3º a 5º do Tit. II do citado liv. do Codigo Penal;

IV. Dos crimes de responsabilidade dos funcionarios federaes que não tiverem fôro privilegiado, Tit. V do citado livro; exceptuam-se os crimes dos arts. 221 a 223, peculato, que passaram pela lei 515 de 3 de Novembro de 1898 para a jurisdição singular do juiz federal;

V. Dos crimes contra a fazenda e propriedade nacional, comprehendidos no Capitulo unico do Tit. VII e no Cap. I do Tit. XII do mesmo livro;

VI. Dos crimes de moeda falsa definidos no Cap. I do Tit. VI do mesmo livro; estes crimes passaram pela lei 515 de 3 de Novembro de 1898 para a jurisdição singular;

VII. De falsificação de actos das autoridades federaes, de titulos da divida nacional, de papeis de credito e valores, da nação ou de banco autorizado pelo Governo Federal; exceptuados os crimes dos arts. 246, 247 e 250 que, pela lei 515 de 3 de Novembro de 1898 passarão para a jurisdição singular do Juiz Federal;

VIII. Intercepção ou subtracção de correspondencia postal ou telegraphica do Governo Federal. Cap. IV do Tit. IV do mesmo livro;

IX. Dos crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos nas eleições federaes, ou por ocasião de actos a ellas relativos. Cap. I do Tit. IV do mesmo livro;

X. De falsidade de depoimentos ou de outro genero de prova em juizo federal. Secção IV do Cap. II do Tit. VI do mesmo livro;

XI. De contrabando definido no art. 265 do Codigo Penal; estes crimes passaram pela lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898 para a jurisdição singular do juiz federal;

XII. Os crimes definidos no Tit. III primeira parte da lei n. 35 de 26 de Janeiro de 1892.

Esses crimes são assim definidos.

Art. 48. Deixar qualquer cidadão, investido das funcções do governo municipal ou chamado a exercer as attribuições definidas na presente lei, de cumprir restrictamente os deveres que lhe são impostos e nos prazos prescriptos, sem causa justificada: Pena: Suspensão dos direitos politicos por dois a quatro annos.

Art. 49. Deixar o cidadão, eleito para fazer parte das commissões de alistamento ou eleitoraes, de satisfazer as determinações da lei no prazo estabelecido, quer no tocante ao serviço que lhe é exigido, quer no que diz respeito ás garantias que deve dispensar aos alistandos ou eleitores, sem motivo justificado: Pena: Suspensão dos direitos politicos por dois a quatro annos.

Art. 50. Deixar qualquer dos membros da mesa eleitoral de rubricar a cópia da acta da eleição, tirada

pelo fiscal, quando isso lhe fôr exigido: Pena: De dois a seis meses de prisão.

Art. 51. A fraude, de qualquer natureza, praticada pela mesa eleitoral, ou pela junta apuradora, será punida com a seguinte: Pena: De seis meses a um anno de prisão.

Paragrapho unico. Serão isemptos dessa pena os membros da junta apuradora ou mesa eleitoral, que contra a fraude protestarem no acto.

Art. 52. O cidadão que usar do documento falso para ser incluído no alistamento: Pena: De prisão por dois a quatro mezes.

Art. 53. O cidadão que, em virtude das disposições da presente lei, fôr condemnado na pena de suspensão dos direitos políticos, não poderá, enquanto durarem os effeitos da pena, votar nem ser votado em qualquer eleição do Estado ou municipio.

Art. 55. Será punida com as penas de seis mezes a um anno de prisão e suspensão de direitos políticos por tres a seis annos, o mesario que subtrahir, accrescentar ou alterar cédulas eleitoraes, ou ler nome ou nomes differentes dos que foram escriptos.

Estes crimes pelo art. 54 da mesma lei tinham acção especial, competencias diversas e julgamento singular.

Este artigo foi, porém, revogado pelo art. 20 da lei 221 citada.

Tem fôro especial respondendo perante os respectivos juizes ou Tribunaes:

a) os funcionarios com fôro especial e privilegiado estabelecido pela Constituição ou lei do Congresso;

b) os militares, que por crime de emprego militar serão accusados no juizo de seu fôro;

c) os funcionarios, que tiverem sómente de ser advertidos ou castigados com penas disciplinares. (Dec. 848 art. 95.)

A jurisdicção privativa da Justiça Federal em relação aos crimes politicos não comprehende os praticados contra as autoridades dos Estados ou contra a ordem e segurança interna de alguns delles por nacionaes ou estrangeiros nelles domiciliados, salvo nos casos dos crimes, que forem a causa ou consequencia de perturbações que, nos termos

do art. 6º da Constituição, occasionem uma intervenção armada federal. (Art. 83 da lei 221.)

Nos crimes de responsabilidade, de que ao Senado da Republica compete conhecer, tenham ou não character politico, o processo da competencia do juiz seccional e o julgamento da competencia do jury federal para imposição de outra pena, que não seja a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro, não serão iniciados antes da condemnação do criminoso a uma dessas penas, nos termos do art. 53 da Constituição Federal. (§ 6º do art. 12 da lei 221.)

Nos casos em que ao Supremo Tribunal Federal pertence conhecer originaria e privativamente de crime commum ou de responsabilidade, são tambem de sua exclusiva competencia o processo e julgamento dos crimes politicos que tenham commettido as mesmas pessoas durante o exercicio de suas funcções publicas, salvo as attribuições conferidas á Camara dos Deputados e ao Senado da Republica. (§ 7 do art. 12 da lei 221.)

O crime commum ou de responsabilidade connexo com o crime politico será processado e julgado pelas autoridades judicarias competentes para conhecer do crime politico, sem prejuizo das attribuições de outro poder constituido para previamente julgar da capacidade politica do responsavel para exercer o mesmo ou qualquer outro cargo publico. (§ 8º do art. 12 da lei 221.)

São estas as regras especiaes sobre competencia da esphera da Justiça Federal.

Quanto a materia de incompetencia nos Estados a estes compete dar as normas em relação aos principios por nós repetidos do eminente mestre o Sr. Pimenta Bueno.

Uma outra questão convém salientar em relação a competencia dos juizes federaes nas secções quanto ao lugar em que se commetteu o crime.

E' assim que os crimes commettidos em alto mar a bordo de navios nacionaes, ou commettidos nos rios e lagos que dividem dois ou mais Estados, nos portos, nas ilhas que pertençam a União, e, em geral, nos lugares de absoluta jurisdicção do Governo Federal, são julgados pelas justiças locaes, desde que não revistam o character

de crimes politicos. Tal era a disposição do Dec. 848 de 1890, art. 15, § 1º.

Desde, porém, que a lei 221 de 1894 como a de 3 de Novembro de 1898 modificou e alargou a competencia dos juizes de secção, convém lembrar que a restricção do artigo citado deve abranger os crimes não só de caracter politico mas “de caracter da competencia da Justiça Federal.”

Quando confeccionamos o Codigo da Justiça Federal, depois Decreto de 5 de Novembro de 1898, fomos contrarios áquella disposição do art. 15 § 1º do citado Dec. 848.

Tendo o legislador brasileiro bebido suas inspirações na lei Argentina de 16 de Outubro de 1862, jurisdicção e competencia dos tribunaes nacionaes, devia ter adoptado o systema e a letra do art. 3º n. 4 que dispõe: “Os crimes de toda especie que se commettam nos lugares em que o Governo Nacional tenha absoluta e exclusiva jurisdicção, serão julgados por juizes de secção alli existentes.”

Era o legislador mais coherente desse modo, porque qualquer crime da jurisdicção federal commettido dentro do edificio do dominio do Governo Federal seria da competencia do juiz federal da secção, no emtanto qualquer crime commettido dentro desse edificio não sendo dos mencionados na lei federal é da competencia local, si porém o iniciado é empregado federal, torna-se o crime federal, pela qualidade de empregado. Haja vista ao furto por effeitos federaes, que não é crime federal.

Porque não acceitar a *ratione loci* razão de direito mais concentanea do que a *ratione personæ* que constitue privilegio?

E’ porque a competencia federal absorvia tudo?

Cahimos na censura de Bryce, pag. 229, obra citada: “as instituições Americanas tem mais valor estudadas do que por esse intrincado mechanismo judiciario.”

Para effectividade daquella disposição do art. 15 do Dec. 848 estabeleceu elle: Para o effeito do disposto no artigo antecedente, quando o criminoso não puder ser processado e julgado no lugar do delicto, sel o-ha perante a justiça local do primeiro porto nacional, em que entrar o navio, ou perante a mais proxima do lugar do delicto, onde fôr encontrado o delinquente, ou, finalmente, pe-

rante aquella que haja prevenido a jurisdição. Igual regra se observará relativamente aos juizes de secção, quando os crimes mencionados forem de natureza politica.

Taes são as disposições do mesmo decreto nos §§ 2º e 3º do mesmo art. 15 que, julgamos soffrerem igual restricção como o fizemos em relação ao § 1º do mesmo artigo.

Si, porém, o crime é commettido em alto mar, fóra dos dominios de nossa Nação a que jurisdição compete? A federal ou local? (O que é mar territorial, vid. Rodrigo Octavio — do dominio da União e dos Estados, pag. 26).

Em 1845 o portuguez Manoel Luiz, commetteu em alto mar o crime de morte a bordo do navio *Despique* da mesma nacionalidade.

A justiça brasileira, tomou conhecimento desse facto e o processo correu pelo juizo da 2ª vara crime da côrte que, julgando-se incompetente, affectou a questão ao governo Imperial, o qual, por Aviso n. 68 de 23 de Junho de 1845, declarou em resposta, não só que de nenhnm modo pertencia aos tribunaes do paiz o conhecimento e punição de semelhantes delictos, como deviam os réos ser postos a disposição do chefe de policia, para proceder de accôrdo, com as leis e regulamentos policiaes.

Em 1877 Joaquim Pereira Necho, subdito portuguez, a 14 de Fevereiro, em alto mar a tiros de revolver matou o capitão do lugar *Maria Claudina*, por tentar seduzir uma sua irmã. Chegando ao porto desta cidade do Rio de Janeiro, foi recolhido á casa de detenção.

Solicitando uma ordem de *habeas-corpus* perante a Relação da Côrte, sob os fundamentos: de não ter commettido o crime no Imperio, nem em seus mares territoriaes, de não ter sido preso *inflagranti*, nem por mandado escripto de juiz competente ou a sua requisição; de estar preso a requisição do consul de Portugal; que essa requisição era illegal porque os consules só podem requisitar prisão dos marinheiros que desertam dos navios surtos nos portos onde elles exercem as suas funcções; que não era marinheiro, nem tão pouco desertor de navio onde estivesse assalariado; que quando reconhecido criminoso, em processo regular e devidamente pronunciado, não podia ser preso nem extraditado, si não em virtude de reclamação expressa de potencia a potencia, que deve ser acompanhada da cópia do processo e da

pronuncia; que não tinha havido do seu governo reclamação ou pedido de extradicação; que finalmente não havia recebido nota constitucional; foi-lhe concedida a ordem pedida. Diante das informações do Chefe de Policia da Côrte, que allegava: que chegado o navio ao primeiro porto, que é este, o consul e o encarregado de negocios de S. M. Fidelissima, pediram, o primeiro a esta repartição e o segundo ao governo Imperial a transferencia do preso, de bordo para a prisão publica até sua volta a Portugal, onde devia ser julgado; que sua prisão foi *inflagranti* demonstrado no auto lavrado a bordo por pessoa competente; que é principio do direito das gentes geralmente assignado e adoptado pelos paizes cultos, que a nação a bordo de cujo navio é praticado algum crime grave, tem o direito de pedir, e a nação, a cujo porto primeiro aporta o navio, a obrigação de conceder a custodia ao individuo assim preso, até que volte para o paiz aonde deve ser julgado (Weahton Weiss,Codigo de Direito Maritimo §§ 177, 178, 179 e 180. tomo 2º); que como consequencia necessaria da policia de bordo, e de absoluta necessidade para garantir a punição dos crimes commettidos em alto mar, foi este principio adoptado no nosso direito internacional privado; que pelo regulamento dos consules estrangeiros, lhes está determinado que tomem conhecimento dos delictos commettidos a bordo dos navios de sua nação, por individuos da tripolação, durante a viagem, comtanto que o offensor nem o offendido sejam subditos do Imperio (Dec. n. 855 de 8 de Novembro de 1851); que o Dec. n. 520 de 11 de Junho de 1847 mandando executar o novo regulamento do corpo consular do Imperio, assim se exprime: “Si quaesquer marinheiros, ou outras pessoas embarcadas em uma embarcação brasileira mercante, commetterem, no mar, levantamento, morte, ferimentos ou outros quaesquer crimes, que o capitão os tenha presos, ou não, os consules tomarão conhecimento do caso sómente para o effeito de reter os réos a bordo, e de os remetter com os autos de formação da culpa, pela primeira embarcação que sahir para o Brazil, afim de serem entregues ás justiças competentes.

No caso em que o navio em que se achar o preso ou presos, queira partir para outro destino, e não haja a

esse tempo embarcação, que os conduza para este Imperio, os empregados consulares requisitarão ás autoridades do paiz, que os detenham em custódia até haver occasião de os fazer partir como fica dito.” (art. 133) e, finalmente, que embora seja o crime daquelles em que tem lugar a extradicação, comtudo não importa esta ao caso vertente, visto que o paciente não se ausentou de paiz estrangeiro depois de ter commettido o crime, e ao contrario foi preso na occasião de o perpetrar e se acha recolhido na prisão desta cidade, pela impossibilidade de ser conservado preso a bordo do navio em que se dera o crime; foi, por accórdão de 23 de Março de 1871, negada a soltura, por não haver illegalidade, de que pudessem conhecer, na prisão effectuada em flagrante delicto, commettido pelo paciente no alto mar, a bordo de navio portuguez.

No dominio vigente, porém, julgamos que só o juiz federal da secção a que aportar um navio, como nas hypotheses anteriores, é o competente para conhecer dessas prisões e não o juiz local, nem mesmo á ordem da policia local, em face da disposição do art. 60 letra *h* da Constituição da União que determina: “compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar, as questões de direito criminal ou civil internacional.”

Ainda uma outra questão em relação ao lugar em que foi commettido o crime se póde suscitar diante do art. 93 da lei de 3 de Dezembro. Diz elle:

“Si em um termo, ou em uma comarca, ou em uma provincia, tiver apparecido sedição ou rebelião, o delinquente será julgado, ou no termo ou na comarca, ou na provincia mais visinha.”

Tem este artigo de lei applicação a Justiça Federal?

Acreditamos que sim porque não foi elle revogado expressamente, nem elle é em sua letra antagonico com as disposições legaes do actual regimen, sua estrutura e espirito.

Tal foi a decisão do Supremo Tribunal Federal por Accórdão de 14 de Agosto de 1895, adiante citado.

O Supremo Tribunal Federal se tem pronunciado da maneira seguinte:

Accórdão de 8 de Maio de 1895: E’ illegal a prisão

ordenada por juiz ou autoridade do Estado, em razão de processo por crime político que deu motivo a intervenção armada da União, caso em que a competência é privativa da Justiça Federal.”

Accórdão de 8 de Junho de 1895: E’ illegal o constrangimento a que estão sujeitos o presidente e vereadores de uma Camara Municipal, processados como incursos no art. 111 do Código Penal, perante o juiz seccional, incompetente para tomar conhecimento do caso de que se trata.

Accórdão n. 801 de 15 de Junho de 1895: “Independente de novos esclarecimentos, bastando os que constam dos autos, concede-se ordem de *habeas-corpus* preventivo em favor de pacientes processados perante a justiça federal por crime de responsabilidade da competência da justiça estadual.”

Accórdão n. 805 de 24 de Junho de 1895: “Concede-se ordem de *habeas-corpus* a réos pronunciados por juiz estadual, incompetente para tomar conhecimento de um crime sujeito a jurisdição federal.”

Accórdão n. 807 de 10 de Agosto de 1895: E’ illegal o constrangimento a que está sujeito o governador de um Estado, por motivo de pronuncia decretada pelo juiz seccional, em processo que não é de sua competência.

Accórdão n. 811 de 31 de Agosto de 1895: E’ incompetente o juiz seccional para conhecer de crime político que só affecta os interesses do Estado, sem ter havido intervenção armada da parte do Governo da União.

Accórdão n. 820 de 4 de Setembro de 1895: Não é illegal a prisão de réos pronunciados em crime inafiançavel, desde que não se prova nem se allega incompetencia do juiz, que os processou e pronunciou, ou do jury que os julgou e absolveu, estando a sentença pendente de appellação, quaesquer que sejam as nullidades arguidas por inobservancia de leis processuaes.

Accórdão n. 26, em recurso criminal, de 1 de Maio de 1895: E’ incompetente o juiz seccional para connecer de crimes políticos que só interessara a economia particular dos Estados. Intelligencia do art. 60 letra *i* da Constituição.

Accórdão n. 31, em recurso criminal, de 15 de Junho de 1895. A competencia da Justiça Federal para conhecer

dos crimes politicos dos Governadores de Estados é limitada ás causas de interesse directo, geral e principal da União.

Accórdão n. 48, em conflicto de jurisdicção, de 7 de Agosto de 1895. E' competente a Camara do Tribunal Civil e Criminal para processar e julgar o crime de violação de direitos de marcas de fabricas.

A lei n. 221, art. 12, só dá competencia á Justiça Federal para conhecer das causas que versarem sobre marcas de fabricas em processos civis, por indemnisação de prejuizos.

Igual decisão em accórdão, n. 47, em 21 de Agosto de 1895.

Accórdão, n. 51, em conflito de jurisdicção, de 14 de Agosto de 1895: "Para o julgamento dos crimes politicos o fôro competente é o do estado mais visinho que não estiver sob a influencia de commoção intestina que motivou a declaração de estado de sitio."

Da incompetencia do Juiz ou Tribunal julgador.

Esta materia é em regra de direito processual.

A legislação dos Estados tem a competencia de organizar a sua justiça e attribuir aos seus órgãos as faculdades no seu funcionamento.

Uma questão, porém, se impõe quando se discute o julgamento.

A Constituição da União no seu art. 72 § 31 dispõe: "E' mantida a instituição do Jury."

Releva notar desde já que esta disposição constitue uma das garantias constitucionaes visto estar incluída no art. 72 que dellas trata.

Em que consiste essa garantia ?

Em falta de uma lei ordinaria que desenvolva o principio constitucional, nada de positivo podemos estabelecer.

Varias são as questões que se podem levantar a esse respeito.

A instituição do jury deve ser mantida tal qual existia no regimen decahido ?

A sua organização e competencia deve ser a mesma ?

O numero dos juizes de facto deve ser o mesmo, ou póde ser alterado ?

São sómente juizes de facto, ou podem ser juizes togados, ou ainda uns e outros ?

Podem ser excusados ou não, com motivos expressos, ou sem designação delles ?

Suas deliberações são publicas ou secretas ?

Suas deliberações são soberanas ou que effeitos tem, estão subordinadas ao seu presidente ?

Sua competencia é em todas as infracções ou algumas podem ser attribuídas o seu conhecimento a outro Tribunal ?

Esse outro tribunal deve ter a mesma e exclusiva origem popular?

Qual o estalão em que o legislador estadual deve afferir a diversidade de attribuições ?

O Supremo Tribunal Federal não enfrentou essa questão, si bem que mais de um caso tenha sido levado a seu conhecimento, quer por *habeas-corpus*, quer pela revisão.

Sobre esta questão nada podemos accrescentar a uma monographia do erudito Conselheiro Ruy Barbosa.

Em que consistem as demais nullidades do processo?

Seja-nos permittido transcrever excerptos de uma monographia do preclaro juriconsulto, Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Conselheiro Olegario Herculano de Aquino e Castro.

“Quaes são as formulas substanciaes a que se refere o art. 301 doCodigo do Processo Criminal ?

Como podem ser ellas classificadas ?

Quaes os seus effeitos ?

Violada a lei, nullo é o acto praticado em nome della.

A violação póde ter por objecto o processo, e é este um dos casos em que deve ser cassado o julgamento, para que se restaure o imperio da mesma lei, mediante as formulas ou condições legitimas do acto.

Seria para desejar-se que em assumpto que tão de perto entende com o interesse da justiça publica, fosse a

nossa lei mais clara e positiva. Não nos diz ella expressamente o que entende por formalidades essenciaes; não nos offerece a classificação, que aliás parece reconhecer, de nullidades substanciaes e nullidades relativas; e entretanto reserva para o caso em que aquellas occurram energicos remedios e providencias salutaes, como sejam os recursos.

Todavia, bem se comprehende, que pertencem, ou devem pertencer, á primeira classe as formalidades que garantem a exacta e restricta applicação da lei, que consultam as conveniencias da sociedade e da ordem publica, em geral, e por si mesmas constituem a legalidade ou valor jurídico do acto; em contraposição as que resguardam de preferencia o direito da parte e o proveito individual, por isso mesmo que foram introduzidas mais em favor dos litigantes do que no interesse da lei.

A inobservancia das primeiras importa sem duvida uma nullidade absoluta e peremptoria, que não póde ser relevada, justamente porque não influe tanto sobre a conveniencia pessoal, quanto sobre a causa da justiça; não póde ser ratificada, porque não depende do consentimento das partes, não póde ser supprida, porque offendida a lei, que é inviolavel, e são seus ministros os juizes, que não devem ceder nem transigir.

Resta, porém, a duvida, ou antes o arbitrio na especificação da nullidade.

E' sempre inconveniente e perigoso o arbitrio na applicação das leis; e cresce de ponto o mal quando se trata de fazer effectiva uma disposição de lei criminal.

A magestade da lei, o character do juiz e o interesse da parte proclamam a necessidade de normas fixas e invariaveis na administração da justiça.

O Codigo do Processo, no citado artigo restringe o recurso da parte aos casos que menciona; esquece-se, porém, de definir as formulas que considera substanciaes, e dahi provêm a variedade e incoherencia que de ordinario se observa na apreciação e julgamento das nullidades do processo.

Não ha doutrina positivamente assentada; a jurisprudencia dos tribunaes, que devera ser a fiel expressão da lei, fluctua, resentindo-se da deficiencia da mesma lei.

E nem se diga que vae o mal na execução; o defeito, aqui está na lei, que por ser omissa ou vaga, em ponto substancial e importante, deixa surgir a duvida, onde só conviêra que imperasse a certeza.”

E’ verdade que esta materia de nullidades da esphera do direito adjectivo pertence ás attribuições dos Estados e com ella nada tem o direito substantivo. De que modo, porém, se exerce o direito substantivo sem formulas?

“Não ha processo sem formulas, accrescenta o Conselheiro Olegario: ellas são instituidas como firmes garantias do direito, como meios legitimos de elucidação da verdade, como regras que asseguram a legitimidade e valor dos actos judiciais.

Supprimi as fórmulas, pergunta judiciosamente o autor dos Apontamentos sobre o Processo Criminal e o que restará do processo, quando elle não é senão o complexo dessas mesmas formulas e tramites legais?

E’ pelo processo que se habilita o juiz para exercer a sua nobre e elevada função de administrar justiça.

Não se póde, pois, deixar de prestar atenção ás formulas, e devidamente classificá-las no interesse da lei e das partes.

Se as formulas no civil, diz Dupin, podem ser consideradas medidas conservadoras, em materia criminal são providencias sacramentaes, porque então se trata, não mais da fortuna, mas da honra e vida dos cidadãos.

As nullidades são substanciaes e absolutas, ou accidentaes e relativas.

As primeiras consistem na violação da lei positiva; viciam fundamentalmente os actos á que se referem e não podem ser suppridas.

As segundas contrariam igualmente ás prescripções da lei, mas não na parte em que dispõe, commina ou prohiibe, e só na que enuncia, declara ou exemplifica; podem ser suppridas pelo juiz ou pela parte, expressa ou tacitamente.

Umas são estabelecidas em favor da causa publica, no interesse geral e em nome da lei: podem ser allegadas em qualquer tempo e instancia ou pronunciadas pelo juiz *ex-officio*.

Outras são instituidas no interesse das partes com atenção à conveniencia individual, e são limitadas em seu

uso e effeito, como podem ser revalidadas por accôrdo commum.

Aquellas invalidam o processo e o julgamento, ainda quando a lei não tenha para o caso comminado expressamente a pena de nullidade.

Estas tornam o acto irregular, mas nem por isso o invalidam; o acto permanece em vigor, até que por sentença seja annullado em juizo competente.”

Sobre este assumpto podem ser consultados tambem os trabalhos do illustrado collega Desembargador Carlos Honorio Benedicto Ottoni.

Muitas são as nullidades de modo que impossivel é enumeral-as, sendo-nos permittido sem descer a analyse dar uma idéa aproximada.

Ser o juiz impedido, suspeito, peitado ou subornado.

Faltar ao processo ou ser nulla alguma formula ou termo essencial delle.

A falta de authenticidade de alguma das peças relativas aos termos essenciaes.

Serem deficientes os quesitos apresentados ao Tribunal.

Serem deficientes ou contradictorias as respostas aos quesitos.

Por outro lado podemos estabelecer como termos essenciaes:

1º, o corpo de delicto directo ou indirecto.

2º, a queixa ou denuncia, salvo o procedimento *ex-officio*.

3º, a audiencia do representante do ministerio publico.

4º, a inquirição das testemunhas em numero legal.

5º, o despacho de pronuncia ou não pronuncia, sua confirmação ou revogação.

6º, os prazos dos recursos.

7º, o libello.

8º, a presença dos jurados ou juizes de facto, seu sorteio, sua incommunicabilidade.

9º, a citação das testemunhas.

10, a intimação do indiciado para julgamento.

11, a accusação e a defeza.

12, os quesitos e respostas.

13, a sentença.

A lei processual do Estado do Rio de Janeiro, as estabelece para não cahir nas censuras de deixal-as ao arbitrio e a jurisprudencia.

§ 4º. Quando a pessoa, publica ou particular, que ordenou a prisão ou coacção, não tenha o direito de o fazer.

Ainda é o art. 72 do regimento do Supremo Tribunal a origem da disposição que analysamos e que era a mesma do art. 353 § 4º do Codigo do Processo nos limites acanhados da esphera então.

Em duas partes se pôde dividir a disposição.

Na primeira se cogita que o detentor pôde ser “pessoa publica” ou agente de autoridade em segundo lugar “pessoa particular” sem parcella de poder publico.

Forçosamente assim devia-se redigir a disposição diante da maior latitude da instituição, afim de poder abranger os casos de coacção, que podem constituir prisão ou não.

Quanto a expressão “pessoa publica” que, como dissemos, equivale a agente de autoridade, refere-se a todo aquelle que possuir por menor que seja alguma parcella do poder publico.

Deve, porém, ser entendido como se diz no final da disposição, “não tenha o direito de o fazer.”

No paragrapho anterior cogitou a lei da competencia ou jurisdicção.

Neste paragrapho trata-se do “direito” ou melhor “do poder de fazer.”

Dentro da jurisdicção “o poder de fazer”, em outros termos, na esphera competente, não tem o direito de decretar, ordenar ou effectuar a prisão ou coacção.

Assim por exemplo:

a) a prisão preventiva passada um anno da perpretação do crime.

O art. 13 §§ 2º e 3º da lei 2.033 estabelecem os casos da prisão preventiva e sua forma.

O § 4º do mesmo artigo determina: “Não terá lugar a prisão preventiva do culpado se houver decorrido um anno depois da data do crime.”

Esta disposição se applica em virtude da ordem do

Thesouro n. 52 de 23 de Junho do 1888 às prisões administrativas, passado o anno do conhecimento do desfalque.

Nem obsta que a denuncia tenha sido apresentada e a ordem de prisão expedida dentro do anno, segundo o accórdão n. 102 de 14 de Outubro de 1891, do Supremo Tribunal Federal.

b) a prisão, em flagrante, a preventiva ou a por effeitos mesmo de pronuncia, quando o indiciado tenha juizo privilegiado para conhecer da acção, processo ou prisão.

Assim as entidades envolvidas na disposição do § 6º do art. 12 da lei 221 estão isemptas da acção, processo ou prisão sem que a accusação tenha sido conhecida nos termos do art. 53 da Constituição.

Ainda as disposições dos arts. 19 e 20 da Constituição em relação aos Deputados e Senadores, quer em relação a prisão, quer a pronuncia.

c) a detenção pessoal contra negociante que intenta ausentar-se furtivamente, abandona o seu estabelecimento ou se occulta; mas se elle fôr de firma inscripta na Junta Commercial, não o póde o juiz deter assim determina o Dec. n. 1.597 de 1855 art. 2º.

A jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal tem sido:

Accórdão de 6 de Abril de 1895 n. 769 — e porque, tendo sido commettido o crime ha mais de um anno, é illegal a prisão preventiva, não estando o réo pronunciado.

Accórdão de 22 de Maio de 1895. E' illegal a prisão preventiva ordenada um anno depois de commettido o crime não estando o réo pronunciado.

Accórdão de 18 de Maio de 1895. E' illegal a prisão, ainda por effeitos de pronuncia, sendo o indiciado membro do Congresso, e não havendo sido observado o disposto do art. 20 da Constituição.

O paragrapho em sua segunda parte se retere a “pessoa particular” sem parcella de poder publico por menor que seja.

Dá-se a hypothese nas relações do direito privado ou de pretenso mando individual.

Já o art. 345 do Codigo do Processo reconhecia a entidade “pessoa particular” contra quem mandava passar mandado de prisão.

Em syntese esta razão de ilegalidade deixa um campo vasto aos motivos que a podem fundamentar por um lado, prestando-se por outro a aumentar os casos em que o justo criterio do juiz se póde exercer na faculdade que lhe foi pela lei conferida.

§ 5º. Quando já tem cessado o motivo, que justificou a prisão ou constrangimento.

O fundamento desta disposição é ainda o art. 72 § 5º do regimento do Supremo Tribunal Federal.

Igual disposição já existia no Codigo do Processo, art. 353 § 5º.

A cessação dos motivos que determinam a prisão está subordinada a diversas causas.

Examinemos como exemplos, duas dellas.

Ou a prisão é por effeito de uma condemnação, ou é uma medida assecuratoria, cujos requisitos não preenchidos torna-se ella nenhuma.

No primeiro caso a disposição é de direito substantivo.

E' o Codigo Penal que regula.

O art. 72 determina: A condemnação extingue-se pelas mesmas causas porque se extingue a acção penal; por amnistia do Congresso; pelo perdão do offendido e pela prescrição (art. 71 do mesmo codigo) e pelo cumprimento da sentença; por indulto do poder competente e pela re habilitação.

A' primeira vista parece que as causas que determinam a disposição que ora analysamos confundem-se com as que fundam a ilegalidade da prisão "sem justa causa."

Não é exato; aqui a prisão existe, é effectiva, quando se dá algum desses factos para fundamentar a continuação da prisão; lá effectua-se a prisão quando já existe qualquer dos mesmos factos.

Em relação a um dos factos que legalisa o pedido nesta hypothese: "o cumprimento da sentença" deve ser entendido em toda e qualquer sentença, de qualquer juizo ou Tribunal, de ordem judiciaria como administrativa e mesmo policial.

No segundo caso quando a prisão é medida assecuratoria de direitos, subordinada a certos requisitos, se esses

não se realizam, ou não se completam ou falham, a continuação da prisão é ilegal, deve cessar porque cessou o motivo; assim a detenção pessoal por efeitos commerciaes, a sonegação de bens e outros e variados casos, assumptos de direito processual.

E' caso de *habeas-corpus* quando o réo condemnado a prisão, preenche o tempo della antes de decidido o recurso.

Em relação a esta razão persiste a consideração que fizemos no final do paragrapho anterior.

ART. 18

Dos effeitos da concessão final do *habeas-corpus*

Dizemos concessão final para não confundir com o que se chama expedição da ordem de *habeas-corpus*, que como vimos, é a cessação da violencia ou coacção.

Não usamos da expressão “decisão final” porque essa, podendo ser a denegação d'elle, não tem effeitos na ordem dos actos juridicos, a não ser o paciente voltar ao lugar onde estava, ou o indifferimento da pretensa coacção.

Decorrem da concessão final sobre o *habeas-corpus* effeitos juridicos em relação:

- a) ao paciente;
- b) ao facto de que foi objecto;
- c) aos seus autores ou causadores.

A primeira classe de effeitos, consequencia resultante da concessão final é a cessação definitiva da violencia que póde consistir em:

- a) mandado de soltura ou relaxação, si existe prisão;
- b) mandado de simples cessação da coacção, si esta existia, mesmo em prisão regular e legal;
- c) contra-mandado, si existe sómente ameaça de violencia ou de coacção.

O mandado de soltura ou relaxação, immediato á decisão, dá-se quando o paciente está preso.

O mandado de simples cessação da coacção, quando ellá exista, mesmo em prisão regular e legal, dá-se em muitos casos.

Convem salientar esta phase visto que a jurispru-

dencia dos tribunaes tem confundido com a primeira hypothese, soltura immediata.

Esse aspecto da questão, nos parece, erroneo e senão vejamos os exemplos que se podem dar.

O paciente está preso ou detido em prisão legal e regular, mas pesa sobre elle a incommunicabilidade. Não constitue ella uma coacção a direitos que o preso ainda em prisão os conserva ?

Reconhecidos verdadeiros os factos, nem por isso elle terá mandado de soltura.

As nossas leis de processo, n'um e n'outro regimen, não estabeleciam, nem estabelecem, quando a incommunicabilidade se dá, quanto póde ella durar e em relação a que actos póde ella attingir.

Desse modo os encarregados das primeiras instrucções criminaes lançam mão arbitrariamente dessa medida que se torna um vexame, sem fundamento em principio algum de direito.

O Sr. Pimenta Bueno, no § 168 se pronuncia deste modo: “Antes do interrogatorio, e sómente quando se trate de crimes graves, póde o Juiz, si assim fôr necessario, prohibir a communicação do preso com pessoas de fóra da prisão sem prévia licença sua, e não facultal-a sinão na presença de um official de justiça. Póde ser uma providencia ou necessidade indispensavel, mormente havendo co-réos ou cúmplices, ou diligencias importantes a verificar.

Como bem diz Helie, não é possivel denegar esta medida ao Juiz; o que a lei deve fazer é determinar as condições precisas para evitar o abuso e responsabilisar a autoridade, no caso de commettel-o: convém firmar a regra de que tal interdicção não é admissivel sinão em crimes graves, e que não deve perdurar sinão por tempo curto, ou só indispensavel para as diligencias que devem ser feitas sem demora. Deve mesmo exigir-se que o juizo faça juntar ao processo um termo de declaração das razões por que ordenou essa medida, tempo della e de sua prorogação, quando esta tenha lugar.”

A legislação Argentina suppre todas as lacunas das nossas estabelecendo no Codigo de procedimentos criminaes as disposições seguintes relativas a todo o assumpto.

Art. 256. A incommunicabilidade de um detido ou preso, poderá sómente ser decretada pelo Juiz ou funcçionario que instrua as diligencias do summario, quando para isso exista causa bastante, que será expressa no auto ou acto respectivo.

Art. 257. Em caso algum a incommunicabilidade poderá exceder de 5 dias, podendo, porém, renovar-se em auto motivado por outros 5, debaixo da responsabilidade do Juiz ou funcçionario que a ordenar.

Art. 258. Se permittirá ao incommunicavel o uso de livros, necessario para escrever, e os demais objectos que pedir, comtanto que não se possam servir como meio de illudir a incommunicabilidade ou para attentar contra a propria vida. Esses objectos não serão entregues ao incommunicavel sem prévia autorização do juiz ou funcçionario que tenha decretado a incommunicabilidade.

Ser-lhe-ha permittido igualmente a pratica dos actos civis urgentes, que não admittem dilação e que não prejudiquem a responsabilidade civil nem os fins do summario. O Juiz apreciará na especie, sem recurso, o que se lhe houver pedido.

Art. 259. O Alcaide do carcere ou o Juiz do estabelecimento cuidará, sob sua responsabilidade, em que o incommunicavel não tenha relações senão com as pessoas que o Juiz permittir.

Nas proprias prisões sob procedimentos regulares os presos podem ainda soffrer outros vexames, outras tantas violencias ou coacções que constituem materia de responsabilidade.

Por exemplo o uso de ferros, algemas, cordas e até do tronco, symbolo ignominioso de uma era que já vae longe, são causas de *habeas-corpus* mesmo em prisão.

Bryce, obra citada, pag. 331, cita-nos um caso, em S. Francisco da California, que póde servir de exemplo a um dos casos de *habeas-corpus*, sob o fundamento que ora analysamos.

Uma lei da California autorisou a autoridade do paiz e cidade de S. Francisco a dar regulamento ás prisões. Essa autoridade em 1876 determinou que a todo preso (*e very male*) fôsse “logo à entrada das prisões cortado o cabelo, ficando este de comprido sómente uma pollegada.”

O sheriffe tendo por essa disposição cortado o ra-

bicho de um chim preso Ho-Ah Kow, foi processado por prejuizos e a côrte sustentando que aquella medida tinha o fim especial de injuriar os chins, que consideram a conservação do rabicho como materia não só de religião como de honra e actuava desigual e oppressivamente sobre elles em opposição ao additamento 14 da Constituição dos Estados Unidos, declarou essa ordem nulla e julgou contra o sheriffe.

Em nossa Capital e em diversos lugares do interior do paiz não é este caso nenhuma novidade e os annaes policiaes ahi estão para attestar.

Já o art. 28 do Dec. n. 4.824 de 22 de Dezembro de 1871 consagrava o principio de que: “o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, Salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo conductor e quando não o justifique, além das penas em que encorrer, será multado na quantia de 10\$ a 50\$ pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.”

Na Republica Argentina noCodigo de procedimentos criminaes o art. 683 estabelece que “as autoridades judicarias e administrativas cuidarão de uma maneira especial no que diz respeito:

n. 6, de que não se use com os presos de rigores não permittidos pelos regulamentos;

n. 7, de que por consideração ou pretexto algum, se causem mortificações a quem tenha sido condemnado e por isso se exija a sua segurança ;

n. 8, que seja submettido immediatamente a juizo para ser devidamente punido o empregado publico que impuzer aos presos a quem guardar, severidades, vexames ou medidas arbitrarías, ou os collocar em lugares do estabelecimento não destinados a esse fim.

A prisão em lugar individo nas hypotheses dos arts. 45, 47 a 49 e 409 do Codigo Penal são outros tantos motivos no emprego da ordem do *habeas-corpus*, porque são outras tantas violencias ao direito das partes.

A jurisprudencia do Supremo Tribunal ainda nos fornece um exemplo no accórdão n. 1.073 de 16 de Abril de 1898, prisão politica em lugar individo.

Este accórdão em que se passou mandado de soltura quando o *habeas-corpus* era por estarem os pacientes em lugar individo nos vem em soccorro do que salientamos.

DO HABEAS-CORPUS

A ultima hypothese da primeira consequencia da concessão final sobre o *habeas-corpus* dá-se como é claro quando a violencia ou coacção não passou de ameaça e então o contra-mandado é o meio do paciente livrar-se, em outros termos “o seu salvo conducto”. Si não é obedecido o contra-mandado, incide o transgressor na desobediencia como veremos.

A segunda classe de effeitos que decorrem ainda em relação ao paciente cria direitos que si não fossem garantidos por lei, burlada estava a garantia constitucional do *habeas-corpus*.

São elles:

- a) o de não poder ser preso pela mesma causa;
- b) o de justa indemnisação contra o responsavel pela violencia ou coacção.

O paciente relaxado da prisão ou livre da coacção não póde pelo mesmo motivo soffrer a mesma violencia ou coacção.

Em technologia juridica é cousa julgada, *res judicata*.

A lei originaria, o *bill* de Carlos II, na secção VI não só assim prescrevia, como estabelecia a multa de 500 libras para o infractor, não sendo admissivel nenhum pretexto ou modificação na ordem.

Ainda é essa a jurisprudencia da *common law* quando estabelece a natureza dos effeitos a respeito da decisão final sobre o *habeas-corpus* em relação a *res adjudicata*.

Uma distincção deve ser feita em relação às duas classes de decisões do *habeas-corpus*, ou nega a ordem ou concede a soltura.

Em relação á primeira classe a *common law* não ligava-lhe os effeitos da *res adjudicata*, pelo que não admittia uma ordem de erro (*writ of error*) da decisão final que denegava a ordem.

E a razão era que o accusado tinha o direito de conhecer o juizo de toda a cõrte e de renovar esse seu pedido de *habeas-corpus* tantas vezes quantas quizesse de modo que sua decisão definitiva não precisa ser favorecida por ordem de erro.

O mesmo pensar sempre predominou entre nós e as leis que conferem as attribuições de conhecer do *habeas-corpus* dão disto um testemunho.

O legislador da lei 2.033 de 1871 no art. 18 § 4º

estatuía: “Negada a ordem de *habeas-corpus* ou de soltura pela autoridade inferior, poderá ella ser requerida perante a superior.”

Nos Estados Unidos onde a alguém preso ilegalmente lhe for negada a soltura por *habeas-corpus* pelo mais elevado tribunal do estado, póde, si a hypothese cahir dentro da jurisdição das côrtes federaes, fazer-lhes pedido directo, não conhecendo, diz Church, disposição alguma de lei, no emtanto, que o autorise a proseguir em ordem de erro por tal decisão.

A decisão de côrte de estado em *habeas-corpus*, porém, póde constituir materia de revista pela Suprema côrte dos Estados Unidos, em ordem de erro, a requerimento do *attorney geral*, todas as vezes que um direito é reclamado sob a Constituição e leis dos Estados Unidos e a decisão da côrte do Estado é contra ellas.

As côrtes federaes são tambem governadas pelos principios da *common law* modificada pelas leis e uma ordem de erro de final decisão em *habeas corpus* é desconhecida por ellas, excepto nas côrtes territoriaes dos Estados Unidos.

A doutrina que prevalece nas côrtes dos Estados, independente das disposições das leis, é que uma decisão sobre *habeas-corpus* não é appellavel ou assumpto de revista e que a doutrina da *res adjudicata* não tem applicação a tal caso.

O preso tem o direito de ouvir todos os juizes de todas as côrtes a respeito á sua liberdade e em seus pedidos pelo *habeas-corpus* póde esgotar todo poder judiciário do Estado.

Consequentemente sua decisão não é final.

Quer a decisão seja de juiz ou de côrte os effeitos são os mesmos.

Em nenhum dos casos semelhante decisão soccorreria uma ordem de erro, porque a denegação da soltura por *habeas-corpus* não perime outro pedido por igual ordem perante qualquer outro funcionario ou côrte.

Em relação á districção da segunda classe das decisões do *habeas-corpus*, quando se concede a soltura, a theoria, a lei, a jurisprudencia é outra, totalmente uniforme.

Erronea ou não, sendo a favor da liberdade pessoal

é definitiva e concludente, e não está sujeita a apelação ou ordem de erro.

Essa é uma das razões porque achamos erroneo o recurso de autoridade inferior para superior, como dissemos no artigo sobre o processo originario.

A plena concessão do *habeas-corpus* não põe termo ao processo, nem obsta a qualquer procedimento judicial, que possa ter lugar em Juizo competente; sómente como corollario o iniciado pôde assistir livre e desembaraçado a todos os actos do processo até a pronuncia.

Tal era a disposição do § 7º do art. 18 da lei 2.033 de 1871, harmonicamente modelada, como se pôde ver da comparação dos textos pela secção VI do *bill* de Carlos II.

A infracção deste direito reconhecido pela concessão final do *habeas-corpus* induz a uma verdadeira desobediencia a ordem do Juiz ou Tribunal.

O arbitrio tem disfarçado com um expediente de soltar e prender de novo, o que a nosso ver se reduz ainda a desobediencia á ordem do Juiz ou Tribunal.

Esse facto não é mera hypothese, phantasia de pessimista, dá-se, tem-se dado até nesta Capital e ha de se reproduzir pelos Estados.

No emtanto as nossas leis antigas já o puniam assim como a jurisprudencia estrangeira.

Já o art. 88 do Dec. n. 5.618 de Maio de 1874, regimento das Relações, mandava proceder nos termos do art 15, § 4º da lei 2.033 de 1871 e na fôrma do art. 75 do Dec. n. 4.824 de 1871 que constitue o § 3º do art. 70 do regimento do Supremo Tribunal Federal e dispõe: “Si o carcereiro, detentor, escrivão ou official do Juizo, por qualquer fôrma, embaraçar, demorar ou diffcultar a expedição de uma ordem de *habeas-corpus*, a conducção e apresentação do paciente, ou a *soltura* ordenada pelo Tribunal, o Presidente deste imporá a multa de 40\$ a 100\$ ao culpado, e dará vista de todos os documentos respectivos ao Procurador Geral da Republica, para que este promova o que fôr de direito.”

Tambem a legislação Argentina sobre o assumpto estatue, no art. 642, do Codigo de procedimentos citado: “E” passivel de uma multa de 500 a 1000 pesos ou de prisão por 4 a 8 mezes, ou a uma e outra, quem tendo em prisão alguém que, de harmonia com as disposições

deste Código, esteja habilitado a uma ordem de *habeas-corpus* afim de se averiguar da causa de sua detenção, fizer transferencia do preso para outra pessoa, ou autoridade de outro, occultação d'elle, ou mudança de lugar, com o designio de illudir a expedição, notificação ou *effeitos da ordem*.

A transgressão desse effeito da decisão final do *habeas-corpus* constitue uma desobediencia ao proprio Juiz ou Tribunal.

A theoria Americana sobre desobediencias ensina:

Qualquer desobediencia ás regras, ordens, processo, ou offensa á dignidade de uma côrte ou juiz (Wart. Law lex); qualquer acto calculado para impedir, embaraçar, ou obstruir a côrte na administração da Justiça (Stuart. v. the People); qualquer conducta irregular, excesso de linguagem, ou actos de violencias que interrompam o regular procedimento nas côrtes, são desobediencias ás côrtes.

As autoridades no assumpto dividem as desobediencias em duas classes :

1º. As desobediencias crimes que são praticadas na presença e vistas da côrte.

2º. desobediencias consequentes, que não transpiram perante a côrte, mas referem-se a não execução das ordens e decretos emanados das côrtes que se tem de executar em qualquer outra parte.

O que constitue desobediencia directa crime é geralmente definida pela lei, e sua punição prescripta.

As desobediencias consequentes, ou indirectas são uma parte da *common law*, que tem sido modificadas nos Estados Unidos pelas garantias constitucionaes á liberdade civil e direitos pessoaes, pelo predomínio dos principios livres e adiantamento geral da sociedade.

“No turbilhão em que se arrastam as desobediencias consequentes, pelas côrtes inglezas, diz o juiz Breese, muitos actos não tendem a obstruir a administração da justiça, antes a ferir os melindres ou offender a dignidade pessoal do juiz.”

Qualquer violação dos privilegios de qualquer das casas do parlamento, ou da legislatura dos estados, ou do congresso, é uma desobediencia.

As desobediencias são consideradas como ofensas

publicas e a doutrina vae a ponto que a desobediencia é uma offensa ao publico, não á pessoa do funcionario que a soffreu, que é considerado como individuo.

A maioria das jurisdicções na União Americana pune sómente a desobediencia crime directa commettida na presença da côrte ou em violação de suas ordens.

Esta é a regra nas côrtes federaes.

Desobediencia á côrte foi definida pela Suprema côrte dos Estados Unidos, no caso de Nova-Orleans v. Steamship Company, ser “uma offensa crime determinada”, e a multa imposta como castigo em caso crime.

A sentença é uma condemnação e a prisão em consequencia é a execução.

As côrtes tem o indubitavel poder de punir as desobediencias directas, incluindo necessariamente, o de punir as indirectas ou consequentes, como sejam aquelles actos que impeçam, embaracem, ou obstruam a côrte na administração da justiça, porque essas ultimas são consideradas praticadas na presença das côrtes.

“O poder de multar e prender por desobediencia, diz o juiz Harris, da mais elevada côrte de erros e appellações do Mississipi, desde a mais antiga historia da jurisprudencia, é considerado como incidente necessario ou attributo da côrte, sem o que ella não existiria.

E’ um poder inherente á toda côrte de assento e co-existiu com ella pelas sabias previsões da *common law*.

Uma côrte sem o poder effectivo de proteger-se contra os ataques da anarchia, de fortalecer suas ordens, julgamentos ou decisões contra as partes rebeldes, seria uma ignominia para a legislação, um estigma para o tempo que disso se lembrasse.

Neste paiz todas as côrtes derivam sua autoridade do povo, e conservam-na como deposito para sua segurança e beneficios.

Neste Estado (Mississipe) todos os juizes são eleitos pelo povo e mantem sua autoridade, no duplo sentido, directamente delle; o poder que elles exercem é a propria autoridade do povo, exercida por meio das côrtes como seus agentes.

E’ a autoridade e leis que emanam do povo que os juizes retem para executar e fortalecer.

Desobediencias contra estas côrtes, na administração de suas leis, são insultos á autoridade do proprio povo e não ao humilde agente da lei, que se emprega na direcção de seu governo.”

Decorrente da desobediencia é a prisão do transgressor.

Si examinarmos todas as disposições dos termos do processo do *habeas-corpus* vemos que a prisão é immediata á desobediencia.

Os arts. 348 e 349 do Codigo do Processo que fundamentam as disposições do art. 70 do regimento do Supremo Tribunal Federal confirmam o nosso acerto.

Praticada a desobediencia ao juiz ou Tribunal o juiz ou Presidente d'elle póde e deve mandar passar mandado de prisão por desobediencia.

Os Americanos seguindo o mesmo processo o mesmo ensinam.

O processo de prisão para punir as desobediencias é tão velho como a propria lei, quer a desobediencia seja directa quer consequente, ambas punidas pelo mesmo modo. (Watron v. Williams)

As desobediencias não definidas é que dependem de processo sujeito ás regras de fiança e competencia no julgamento.

Haja vista o art. 53 da lei 3 de Dezembro, sobre testemunhas que deixam de comparecer ás sessões do jury, pelo que o accusado deixa de entrar em julgamento, condemnando-as o juiz desde logo e á disposição do art. 349 do Codigo do Processo, ora § 1º do art. 70 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

E quando a desobediencia não póde ser punida desde logo, ahi está a disposição do § 3º do art. 58 da lei 221 de 1894 mandada applicar aos *habeas-corpus* pelo art. 23 paragrapho unico letra e da mesma lei que cura do caso, estatuinto: “Si por qualquer modo, fôr obstada ou impedida a execução das sentenças do Supremo Tribunal Federal, o Ministerio Publico apresentará denuncia contra o oppositor ou oppositores, pelo crime definido no art. 111 do Codigo Penal, e tanto elle como as partes interessadas poderão promover a execução das mesmas sentenças perante o juiz federal, recusando-se o local.”

De outro modo as garantias do *habeas-corpus* seriam nullas.

Por outro lado das prisões por desobediência é reconhecido o *habeas-corpus* somente sobre os dois aspectos: Tinha jurisdição para fazê-lo? Fez-o em forma legal.

O segundo direito que a concessão final cria para o paciente é o da justa indemnização.

Se formos à fonte da instituição, ao *bill* de Carlos II, ali na secção XII, encontramos: a acção de falsa prisão, concedida ao paciente, as custas no trespasseiro, e o dano que não pôde ser avaliado em menos de 500 libras.

A lei 2.033 de 1871 no art. 18 § 6º também reconhecia, e ainda é princípio legal, sem nunca ter tido applicação, que: “É reconhecido e garantido o direito de justa indemnização, e, em todo caso, das custas contadas em trespasseiro, a favor de quem soffrer o constrangimento illegal, contra o responsável por semelhante abuso de poder.”

Na Inglaterra a acção de indemnização vai até colher os altos funcionarios publicos.

Deriougouski, obra citada, menciona um caso de um aprendiz, *typographo*, preso a ordem do *States Secretary*.

O aprendiz, preso injustamente, intentou um processo ao Governo e obteve uma indemnização de 400 libras, apesar da prisão não ter durado senão seis horas!

O Secretario de Estado tendo *appellado*, o presidente de Graz pronunciou um discurso digno de meditação por parte dos magistrados.

“É difficil, disse de Graz, taxar a liberdade individual; eu aprecio-a de uma maneira, outro o fará diferentemente.

Vejamos, porém, o que diz a lei em relação a uma semelhante offensa feita a um cidadão.

Diz ella que o jury, composto de 12 membros, fixará a *somma* a pagar para indemnizar a victima de uma tal offensa.

O aprendiz foi preso por engano, foi retido durante seis horas em uma sala, melhor do que a que elle ordinariamente occupa, onde foi melhor tratado do que o é habitualmente em sua casa. No emtanto os jurados concederam-lhe uma indemnização de 400 libras.

O aprendiz não terá ganho somma igual em muitos annos de trabalho.

Essa avaliação será exagerada? Não a creio. Não posso dizer aos jurados qual é o preço da liberdade ?”

Em relação ao objecto ou facto que deu origem á ordem dois são os effeitos.

Ou houve falta de requisitos legaes e então só a pronuncia póde revalidar a prisão e emquanto isso, dá-se a hypothese dos effeitos em relação ao paciente; ou todo processado foi julgado nullo e então a mesma solução se realiza, isto é, a soltura ou relaxação do preso.

Em relação aos autores ou promotores do acto que deu causa ao *habeas-corpus* são corollarios da concessão final a responsabilidade civil como vimos anteriormente e a criminal pelo abuso do poder.

Já o *bill* de Carlos II na secção XII estatua como se póde ver que “quando a violencia tenha sido commettida com pleno conhecimento ficava o seu autor inhabilitado d'ahi por diante a occupar algum cargo de confiança e suas vantagens.”

O art. 82 da Constituição de 24 de Fevereiro estabelece: “Os funcionarios publicos são estrictamente responsaveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos.”

Emquanto essa disposição não fôr seriamente cumprida tudo será inutil deante da propensão para o arbitrio.

O regimento do Supremo Tribunal Federal, dando desenvolvimento e applicação no actual regimen, a disposição do art. 18 § 3º da lei 2.033 em 1871 estatue, no art. 69: “Sempre que o Supremo Tribunal Federal reconhecer que houve da parte de quem autorisou o constrangimento illegal abuso da autoridade ou violação flagrante da lei, mandará dar vista dos autos ao Procurador Geral da Republica, para que este por si ou pelos procuradores seccionaes, offereça a denuncia, quando lhes competir, ou represente a quem de direito para se tornar effectiva a responsabilidade.”

Estas disposições são já alguma cousa, mas ainda estão longe da epocha, em que vivemos.

Era muito para 1871, mas em plena Republica é muito pouco.

O legislador do Estado do Rio de Janeiro melhor compreendeu essa questão que, em sua lei de processo, lei 43 A, no art. 347 § 2º determinou: “Sempre que o juiz de Direito ou Tribunal da Relação conceder a soltura do paciente por ser ilegal a prisão, *mandará*, na mesma sentença, processar por crime de responsabilidade o autor do acto illegal, pela fôrma estabelecida.”

E’ tanto essa disposição encomodava o arbitrio que uma Assembléa posterior a revogou!

E a questão é simples, si é illegal a prisão, si houve violencia, coacção, ou imminecia della, o seu autor deve por ella responder e o poder que conhece mandar logo em acto continuo, na mesma decisão responsabilisar.

Ficar nas expressões do vago “quando reconhecer” é abrir a porta ás evasivas, é não enfrentar a questão.

E a semente germinou, ahi está em alguns tribunaes, absolver ou julgar improcedente a denuncia em crimes de responsabilidade porque não está provada a má-fé, a directa intenção do juiz que assim procedeu.

E tanto o nosso pensar é que está com o espirito da lei e da jurisprudencia estrangeira, que o regimento do Supremo Tribunal Federal no anal do art. 72 determina: “A soltura pendente o processo do *habeas-corpus* não prejudica o julgamento da illegalidade da prisão e consequente responsabilidade.”

No entanto o que se vê no expediente dos Tribunaes? “não se tomou conhecimento do recurso ou julgou-se prejudicado por já estar solto o paciente.”

Isto é em toda a parte. As leis existem mas não se cumprem.

E essa evasiva vae a ponto que expedida a ordem de *habeas-corpus* o detentor em lugar de informar á ordem, officia que o paciente está solto: e o juiz ou Tribunal não vê que isto constitue uma desobediencia ás suas ordens, equivale a negar as informações e no emtanto contenta-se em não tomar conhecimento do recurso porque o paciente está solto!

Na jurisprudencia Americana encontramos o caso do Major Gavin que prendeu um soldado encarregado das cavallariças. Requerido *habeas-corpus*, obteve o paciente

logo ordem de soltura. O Major obedecendo á soltura, nada informou. Ameaçado de prisão por desobediencia, respondeu que, solto o preso, suppunha não era obrigado a dar informações, não havendo de sua parte intenção de desrespeitar a côrte. Decidiu ella que apesar do paciente solto, era elle obrigado a prestar as informações á ordem de *habeas-corpus*, aceitando, porém, o motivo dado por elle para não ser seu procedimento considerado uma desobediencia.

Outra questão em relação ao *habeas-corpus* pelo que diz respeito a desobediencia, e muito commum entre nós, é o facto de qualquer juiz, considerar tudo desobediencia e nesse presuposto prender.

Pelo nosso direito, afôra as desobediencias especificadas, com pena logo determinada, a desobediencia, em geral, é definida pelo art. 203 do Codigo do Processo, caracterisada nas expressões “em actos de seus officios.”

Em relação á intimação de testemunhas o art. 95 do mesmo Codigo impõe a pena de desobediencia ás reveis, sem causa justificada e no art. 85 não reconhece isempção de privilegio, sómente modificado em relação aos que tiverem fôro especial.

Mas o art. 82 é que determina o modo legal da intimação exigindo: mandado escripto de autoridade competente, objecto da intimação, excepto “segredo de justiça”, mas nesse caso ainda com declaração expressa e as condições de tempo e lugar.

Ainda no inquerito policial *ex-vi* do art. 9 do Dec. 4.824 de 1871, regulam os mesmos principios.

Fôra destes casos é violencia que dá lugar a ordem de *habeas-corpus*.

No Estado de Texas, cujo fôro é um dos mais illustrados nos Estados Unidos, está estabelecido: “A recusa de uma testemunha em responder a uma questão legal e conveniente é uma real desobediencia; pouco importando os termos por mais respeitosos ou qual a deferencia de maneiras em que a negativa seja feita, é sempre resistir á autoridade da côrte e por este acto pôde ser summariamente tratada como desobediente.

A legalidade da prisão, apesar disso, depende do poder ou jurisdição da côrte em tratar da questão.

Si o assumpto é “inconveniente”, si a côrte que

interrogou a testemunha vai além da matéria sobre que tem jurisdição e excede do direito de inquirir, a recusa em responder á inquirição não é desobediência pelo que toda ordem ou decisão que procure punir a recusa como desobediência é nulla.

A offensa não se caracteriza na desobediência pelo simples facto da côrte assim considerar, visto como exigir de uma testemunha responder a uma questão illegal e inconveniente deve ser considerado como mando pessoal do juiz antes que ordem judicial da côrte.”

Deu-se ahi a seguinte questão, em uma inquirição:

“O que ocorreu entre vós e uma das inquelinas da casa de Fanny Kelly que bastou para convencer-vos que era uma casa de prostituição ?”

A testemunha negou-se a responder a questão proposta pela côrte pelo que foi presa por desobediência. A Suprema côrte daquelle Estado decidiu que a testemunha não podia informar á pergunta sobre a questão “sem deshonrar-se e praticar uma franca offensa a moral e decência publicas”, pelo que foi relaxada pelo *habeas-corpus*. (Holman v. the Mayor of the City of Austin.)

O mesmo principio foi reconhecido em Nova-York.

O grande jury (jury de accusação) quando investigando dos actos de certos officiaes que eram suspeitados de terem recebido dinheiro para influir em suas funcções. A. J. Hackley foi citado para apresentar-se e dizer o que tinha feito “dos bilhetes recebidos de Thomaz Hoje e que subiam a 5.500 dollars.”

Negou-se a responder, porque seria “deshonrar-se e accusar-se do crime”, soccorrendo-se da maxima “que ninguem se protege accusando-se” segundo a 6ª secção do art. 1º da Constituição de Nova-York.

Preso por desobediência iniciou um processo por *habeas-corpus* e *certiorari* afim de se determinar a legalidade da decisão. “Em regra geral, disse o juiz Denio da côrte de appellação de Nova-York, a particularidade de uma detenção por desobediência não é examinavel em outra côrte senão na que foi ella julgada. Isto é tanto mais verdadeiro quanto o processo no qual se procura inquirir é a ordem de *habeas-corpus*; assim como as questões sobre a validade do julgamento são levadas ao mesmo tempo e não pelo meio de revista.

A lei do *habeas-corpus*, além disso, declara que quando a detenção de que se procura ser relaxado pelo *habeas-corpus* apparece ser por desobediencia, plena e especialmente provada na detenção, ordenada por côrte de jurisdição competente, deve ser o paciente conservado na prisão em que se acha. Esta regra está, sem duvida, sujeita a qualificação de que a conducta que constituiu a desobediencia deve ser tal que algum gráo de delinquencia ou má-fé possa transpirar; porque si o acto fôr plenamente indifferente ou meritorio, ou si fôr sómente uma asserção de inquestionavel direito da parte, não constitue desobediencia crime para assim ser considerada.”

“E’ sómente no caso de culpa em não dar o depoimento quando legalmente exigido a fazello, que a côrte pôde mandar para a prisão a testemunha.” (Ex-parte Shaw).

No entanto bem lembradas devem ser as palavras do juiz Thatcher, do Mississippi:

“Afôra as varias classes de desobediencia que são conhecidas pela *common law* na Inglaterra, afôra as relativas aos officiaes e mais funcionarios junto a côrte, sobre as quaes a lei é clara e explicita, muitas ha que, se pretende, apoiadas exclusivamente dentro da discrição inherente á côrte.

A crença na existencia de taes desobediencias é unica, na opinião da côrte.

Podem se constituir como resultados de um gésto, de uma palavra e até de um simples olhar. Desse modo a côrte arvora-se em juiz de seus proprios privilegios e o vingador de suas proprias offensas, reaes ou suppostas, e nesse particular, com competencia sem limites.

A offensa não tem especificação, nem definição e ainda que deva ser legalmente examinada, acredita-se referir unicamente ao funcionario, ferindo ou estimulando necessariamente o individuo, sob o pretexto que é difficil separar a individualidade do proprio officio ou função.

Assim transforma-se de opinativa, de pura sensibilidade, ou de conhecido prejuizo, não tendo outra lei senão as imperfeições da natureza humana, alteradas ou deturpadas pelas circumstancias da occasião, em indução caprichosa, consequencia perigosa das paixões ou de

influencias imperceptíveis e perigosas, de que o mais recto e illustrado animo não está isempto.

E' maxima de lei que quando um arbitrio é concedido á côrte na punição de definidas offensas, deve elle ser regulado pela propria lei. Neste caso a lei, porém, do mesmo modo reclamada, vai a não encontrar limites visto como sob a influencia de violentas paixões punições podem ser infligidas em cruel, desusado e excessivo gráo.

Os arrestos das côrtes de Inglaterra não deixam de fornecer exemplos edificantes que podem ser tomados como precedentes.

Não ha alli protecção á mais tyrannica licença, nem receio em suspeitar-se da prisão de alguém por arbitrario poder. E' certamente melhor que a liberdade dos cidadãos seja restricta por leis certas e fixas do que ficar á mercê de incerta moderação dos que tiverem poder.

A autoridade de punir a vontade e *ad libitum* é, sem duvida mais consoante e agradavel a um throno, sem responsabilidades do que a tribunaes de justiça erectos sobre leis iguaes e livres.

A 10 secção da declaração de direitos proclama que nenhum cidadão póde ser esbulhado de sua vida, liberdade ou propriedade senão por processo regular de lei.

Além disso pela doutrina das desobediencias desde que persiste uma offensa não definida e não declarada na lei, sua natureza e character, e cuja existencia depende da opinião e discricção do juiz, para ser punida, usando das palavras do Senador Clinton, é sem limites, irresistivel, indifinida, arbitraria, e onnipotente."

E' preciso lembrar, accrescenta elle, que as desobediencias summarias são contra o genio e espirito de nossas instituições e pura revogação da liberdade civil.

O Juiz fica sem freios e o accusado sem a protecção usual da liberdade.

Não ha grande jury para accusar, nem pequeno jury para julgar, ficando sua liberdade e bens dependentes de um *fiat* ou ordem da côrte.

Tal doutrina fertil em tão terriveis resultados não póde nunca estar de harmonia com a letra e espirito de um systema livre e intelligente de jurisprudencia."

ART. 19Do processo do *habeas-corpus*

Como temos feito até aqui, tratar especialmente da justiça da União como lei geral que é, vamos dividir o processo do *habeas-corpus* pelos tres modos em que elle se póde manifestar.

O *habeas-corpus* como já vimos ou é em petição originaria, ou em gráo de recurso de decisão proferida, ou *ex-officio*.

§ 1º.

Do processo em petição originaria.

As petições de *habeas-corpus*, que forem dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, serão apresentadas em qualquer dia ao seu Presidente.

Si a petição contiver os requisitos da lei (art. 46 do Dec. 848) o Presidente a mandará autoar pelo Secretario e a distribuirá; faltando, porém, algum delles, mandará por seu despacho preencher-o para seguir-se a autoação e distribuição, logo que fôr apresentada em fórmula regular.

O relator, examinando si o caso é de competencia do Tribunal e a realidade e circumstancias do facto, á vista dos documentos, fará de tudo minuciosa exposição á mesa, na mesma sessão em que receber os autos.

O Tribunal se declarará incompetente para conceder a ordem, se verificar algum dos casos estabelecidos na lei.

Discussa a materia, se decidirá, pela pluralidade dos votos dos juizes presentes, si tem ou não lugar a expedição da ordem requerida.

Sendo affirmativa a decisão, o Secretario do Tribunal escreverá a ordem, que assignada pelo Presidente, será dirigida sem demora ao detentor, carcereiro, ou outra pessoa de quem provenha ou se receie o constrangimento.

Na decisão se ordenará o comparecimento do impetrante em dia e hora determinados e se exigirão os esclarecimentos necessarios.

Quando da petição e documentos apresentados se inferir contra o responsavel pela detenção tal culpa, que

justifique perante a Lei a sua prisão incluir-se-ha na ordem um mandado de prisão contra o detentor.

Si pelos documentos se evidenciar a ilegalidade do constrangimento, o Tribunal poderá ordenar immediata cessação do mesmo constrangimento, mediante fiança ou depósito equivalente, até que se resolva definitivamente.

Concluidas as diligencias para o comparecimento do paciente com o detentor ou carcereiro, o relator exporá em mesa o que constar das informações obtidas, o Presidente fará ao detentor ou carcereiro e ao paciente as perguntas que entender convenientes ou forem requisitadas pelo Procurador Geral da Republica ou por qualquer outro membro do Tribunal.

O paciente poderá apresentar advogado para deduzir o seu direito; e ser-lhe-ha nomeado curador, si fôr menor.

Finda a discussão da materia entre os membros do Tribunal, os juizes darão os seus votos sobre a legalidade da coacção, mandando ou não pôr-lhe termo.

Não comparecendo o paciente no dia designado, sem constar qualquer impedimento de força maior se julgará prejudicada a ordem.

Eis o que determina o art. 65 do regimento do Supremo Tribunal.

As decisões do Tribunal sobre *habeas-corpus* serão lançados em fôrma de sentença nos autos.

As ordens necessarias para cumprimento das determinações do Tribunal serão passadas por meio de portaria, em nome e com assignatura do Presidente. Eis a integra do art. 66 do mesmo regimento.

As fianças que se houverem de prestar perante o Supremo Tribunal em virtude de *habeas-corpus*, serão processadas pelo Juiz relator. Eis a integra do art. 71 do mesmo regimento.

A soltura pendente o processo de *habeas-corpus* não prejudica o julgamento da ilegalidade da prisão e consequente responsabilidade. Eis o que determina art. 72 *in-fine* do mesmo regimento.

Si a prisão fôr em consequencia de processo civil, que interesse a algum cidadão, o Tribunal não soltará o preso sem mandar vir essa pessoa, e ouvil-a summariamente perante o queixoso. Eis o que determina o art. 73 do mesmo regimento.

§ 2º

Do processo do *habeas-corpus* como recurso de decisão proferida.

O art. 49 do Dec. 848 determina: Da denegação da ordem de *habeas-corpus* haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, sendo lícito ao recorrente interpor-o no prazo de 15 dias, contados da data da intimação do despacho em que não fôra atendido.”

Este principio da lei de organização federal não foi alterado nem modificado pela Constituição que nos arts. 59 n. II dá para o Supremo Tribunal o recurso das decisões do juiz seccional e art. 61 das decisões das Justiças dos Estados.

Posteriormente a lei 221 de 1894 que veio completar a justiça federal mandou no art. 55 conservar o processado do art. 49 do Dec. 848 e 67 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

O art. 67 do regimento do Supremo Tribunal Federal determina:

“Os autos dos recursos que forem interpostos das decisões proferidas pelos juizes seccionaes ou pelas justiças dos Estados sobre *habeas-corpus*, subirão ao Tribunal immediatamente depois de lavrado o termo do recurso com os documentos que o recorrente juntar a sua petição dentro dos 15 dias concedidos para a interposição e os esclarecimentos que ao juiz ou Tribunal *a quo* e ao Ministerio Publico parecerem convenientes.

Paragrapho unico. Recebido e distribuido o recurso, o relator exporá a materia na primeira sessão e seguir-se-ha immediatamente a discussão e julgamento, observadas as regras estabelecidas nas disposições precedentes, conforme se tratar da concessão de ordens de apresentação, ou de soltura e cessação de qualquer constrangimento.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido:

Accórdão de 11 de Setembro de 1895: Não se toma conhecimento do recurso de *habeas-corpus* por falta do respectivo termo.

Accórdãos de 14 de Março e 25 do mesmo mez de 1896: Nega-se provimento ao recurso por não ter sido interposto regularmente, faltando o respectivo termo.

Accórdão de 18 de Novembro de 1896: Do recurso, interposto da decisão que negou a ordem pedida, não se conhece, por não haver sido tomado por termo e não ter seguido nos autos originaes em que foi proferido o accórdão recorrido.

A lei 221 citada estatuiu mais no art. 23 paragrapho unico: que o recurso permittido pelo art. 49 citado, póde ser interposto directamente para o Supremo Tribunal, da decisão do Juiz de primeira instancia que houver denegado a ordem de *habeas-corpus*, independente de decisões de juiz ou tribunaes de segunda instancia.

O mesmo recurso tambem cabe quando o juiz ou tribunal se declarar incompetente, ou por qualquer motivo se abster de conhecer da petição.

O recorrente deve instruir o recurso no praso do art. 49 citado, devendo ser o mesmo respondido em 48 horas pelo juiz ou tribunal *a quo*, que o fará expedir sem demora para o Supremo Tribunal Federal.

Concedida a ordem de *habeas-corpus* ao recorrente, que se achar solto ou ausente, só será dispensado o comparecimento pessoal do mesmo, provado impedimento ou justa causa de ausencia.

No julgamento do recurso facultado pelo art. 49 supradito, o Supremo Tribunal Federal também poderá, desde logo, resolver definitivamente sobre a materia do mesmo, si, em vista dos autos, forem dispensaveis novos esclarecimentos e comparecimento ulterior do recorrente.

Si a justiça local negar os recursos de sua decisão sobre o *habeas-corpus* ou de qualquer modo obstar ao seu seguimento tem applicação as disposições dos §§ 1º a 4º do art. 58 desta lei.

No antigo regimen o recurso só era da concessão do *habeas-corpus* e era *ex-officio*. Hoje na justiça federal é só da denegação.

Nos Estados ambos são admittidos.

Vejamos na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Os procedimentos da ordem de *habeas-corpus* são subordinados, nas côrtes federaes, pela *common law* da Inglaterra como existia no tempo da adopção da Constituição excepto no que tivesse sido modificado pelas leis do congresso. (Causa Randolph e Watkins.)

De accôrdo com as doutrinas da *common law*, a

decisão de uma cârte ou juiz, recusando relaxar um preso não tinha impedimento para a expedição de outras ordens por outras cârtes ou juizes que tiverem jurisdição no caso vertente. De modo que uma cârte ou juiz podia relaxar um preso, no exercicio de poder independente em segunda ou terceira petição ou exame da causa da detenção, ainda que seu livramento tivesse sido recusado por outras cârtes ou magistrados em outras ordens. (King v. Suddis e outros.)

§ 3º.

Do processo do *habeas-corpus ex-officio*.

O processo do *habeas-corpus ex-officio* na justiça federal é determinado pelo paragrapho unico do art. 68 do regimento do Supremo Tribunal que determina:

“A decisão que determinar a expedição *ex-officio* de uma ordem de *habeas-corpus*, será autoada com os documentos a que ella se referir para base do processo, que seguirá os demais termos estatuidos para a expedição quando de petição originaria.”

Damos em seguida as varias disposições do Codigo de Procedimentos Criminaes, na Republica Argentina, no titulo IV, “do modo de proceder nos casos de detenção, arresto ou prisão illegal das pessoas.”

Art. 617. Contra toda ordem ou procedimento de funcionario publico tendente a restringir tem direito a liberdade de alguem, procede o recurso de amparo da liberdade perante o Juiz competente.

Procedo tambem o recurso *habeas-corpus*, quando uma autoridade provincial tenha prendido o membro do Congresso ou qualquer outro individuo que exerça commissão ou emprego do Governo Nacional.

Art. 618. Para os effeitos do artigo precedente, os Juizes Federaes, os do crime da Capital e os dos territorios nacionaes, conhecerão do mencionado recurso em todos os casos, com excepção dos seguintes:

1º. Quando a ordem de detenção, arresto ou prisão emane de superior na ordem judicial.

2º. Quando fôr expedida por algum dos Juizes cor-

reccionaes ou do Crime da Capital no exercicio de suas funcções.

3º. Quando emane de alguma das Casas do Congresso.

Art. 619. Em todos os casos, o Juiz competente para conhecer do recurso, solicitará immediatamente do funcionario, autor da ordem de detenção, que informe sobre os seus motivos, afim de resolver a respeito.

Art. 620. Quem expede o *habeas-corpus*, deve ser obedecido immediatamente sempre que de seus termos conste claramente qual é o funcionario autor da ordem de detenção e a pessoa, objecto da ordem.

A desobediencia por parte do autor da ordem de detenção á ordem de *habeas-corpus*, poderá ser castigada, conforme o caso, com prisão que não excederá a um mez ou multa que não será superior a 200 pesos nacionaes, applicaveis ao thesouro das Escolas do districto em que resida o multado.

Art. 621. Não ha direito para pedir *habeas-corpus* quando a privação da liberdade tiver sido imposta como pena por autoridade competente.

Art. 622. A petição de *habeas-corpus* póde ser feita pela propria pessoa detida ou por outra em seu nome e demonstrará claramente:

1º. Qual a pessoa que faz a petição ou a favor de quem se faz, si se acha debaixo de detenção ou detida, presa ou coacta em sua liberdade; o funcionario, empregado ou official publico autor da ordem de detenção; o individuo que pede ou a favor de quem se pede; mencionando os nomes dos ditos funcionarios, empregados ou officiaes publicos, si os ditos nomes forem conhecidos.

2º. Que a pessoa detida não o está em virtude de pena imposta por autoridade competente.

3º. A causa ou pretexto da detenção ou prisão, na melhor fôrma ou falta della, que tenha a parte que faz o pedido.

4º. Si a detenção ou prisão se tiver executado em virtude de algum mandado ou providencia, deverá acompanhar, uma cópia ou declaração que a cópia da ordem, mandado ou da providencia não está junta por ter sido removida ou occultada a pessoa detida ou presa, ou porque foi recusada, mesmo depois de pedida.

5°. A petição deve declarar em que consiste a ilegalidade.

6°. O que fizer o pedido de *habeas-corpus* deve afirmar sob juramento o que allega.

Art. 623. Quando um tribunal ou juiz de jurisdição competente tenha conhecimento por prova satisfactoria, de que alguém está mantido em custodia, detenção ou confinamiento por funcionario de sua dependencia, ou inferior administrativo, politico ou militar, e que é de temer-se que seja transportado do territorio de sua jurisdição, ou que chegará a soffrer um prejuizo irreparavel, antes de ser soccorrido por um auto de *habeas-corpus*, pôde expedil-o de officio, ordenando a quem o detem ou a qualquer commissario, agente de policia ou outro empregado, que tome a pessoa detida ou ameaçada e a traga á sua presença para resolver segundo direito.

Art. 624. Quando a prova mencionada no artigo precedente seja tambem bastante para justificar a prisão do funcionario mencionado, que privou illegalmente a liberdade do outro, o auto que se expedir deverá tambem conter ordem de prisão contra quem commetteu tal delicto.

Art. 625. O empregado ou pessoa encarregada da ordem mencionada nos tres artigos precedentes, a executará trazendo perante o Tribunal ou juiz, a pessoa detida e tambem quem a deteve, si assim ordenar o auto, devolvendo em seguida com a informação.

Art. 626. Si o funcionario detentor fôr trazido perante o Tribunal ou juiz como iniciado em delicto, será interrogado, posto em prisão si procedente, ou admittido á fiança nos casos que a lei permittir.

Art. 627. A ordem de *habeas-corpus* se notificará por cópia legalisada do original ao funcionario a quem é dirigida, ou aquelle em cuja guarda ou autoridade se achar o individuo em cujo favor foi expedida.

Art. 628. Si o detentor recusa recebê-la, ser-lhe-ha verbalmente informado de seu conteúdo; si se occulta ou impede a entrada á pessoa encarregada de sua execução, a ordem será affixada em lugar visivel em sua casa de moradia ou na em que a pessoa detida se encontrar, perante testemunhas.

Art. 629. Si o funcionario ou corporação autora da

ordem de detenção tiver em razão de seu cargo faculdade de expedir a ordem, o juiz competente para conhecer do recurso se limitará a pedir imediatamente a informação do caso e diante della passará a resolver.

Art. 630. Nos demais casos o funcionario autor da detenção reclamada devolverá a ordem de *habeas-corpus*, apresentando a pessoa nella designada, si estiver sob sua guarda e autoridade, escrevendo no verso della, ou juntando em separado, a informação em que clara e explicitamente demonstre:

1º. Si tem ou não em custodia, detido ou coacto, sob seu poder, o individuo que se lhe ordena apresentar.

2º. Si tendo o dito individuo em seu poder ou coacto sob sua custodia, qual a autoridade que impoz tal detenção, prisão, ou restricção e a verdadeira causa della, explicando-a claramente.

3º. Si a parte está detida em virtude de auto, ordem ou mandado escripto, devendo juntar-se o original ou cópia autentica.

4º. Si o funcionario a quem se dirigiu ou notificou o auto, teve em seu poder ou custodia o individuo requisitado, em algum tempo e si transferiu o da dita custodia para outro, informando com particularidade a quem, porque causa, em que tempo e por que autoridade teve lugar a transferencia.

Art. 631. Si o funcionario a quem se dirigiu e notificou devidamente um acto de *habeas-corpus*, recusar ou descuidar-se em cumpril-o, apresentando a designada pessoa, e informando plena e especificadamente, sobre todos os pontos que a informação deve conter, de harmonia com o disposto neste titulo, dentro do tempo exigido, e não allegar excusa bastante pela dita desobediencia e descuido, o Tribunal ou Juiz a quem deve devolver a informação, desde que se justifique que o auto foi dirigido e notificado devidamente, tem o dever de dar ordem dirigida a qualquer commissario, ou agente de policia, ou official de justiça, para que prenda immediatamente o funcionario culpado da desobediencia ou descuido, e seja detido até que devolva o auto com a informação devida, e obedeça as ordens dadas em relação á pessoa em cujo auxilio se expedio o auto.

No caso do depender o funcionario desobediente de autoridade superior, das que não são directamente responsaveis por sua irregular conducta perante os Juizes, se solicitará della o concurso necessario para que a mencionada ordem se cumpra, sem prejuizo da responsabilidade em que o funcionario tenha incorrido por sua desobediencia.

No caso de inefficacia da requisição, o juiz procederá como prescreve o art. 634.

Art. 632. Desde que por enfermidade ou impedimento da pessoa que se ordena apresentar, não possa ser trazida, sem perigo, perante a autoridade competente a quem se deve devolver o auto, o funcionario que o retem em custodia o deve declarar na informação quando a devolver acompanhando do certificado de medico quando possivel; e si se satisfizer da verdade de tal affirmação e por outro lado a informação fôr sufficiente, resolverá o caso sem necessidade da apresentação do interessado.

O Tribunal ou juiz poderá além disso neste caso, si julgar necessario, transportar-se ao lugar em que se encontra o detido, para resolver como entender.

Art. 633. Para execução da ordem de prisão ou para guardar o paciente, o empregado ou quem tenha sido encarregado da execução, póde chamar em seu auxilio a força publica do lugar, como nos demais casos similhantes.

Art. 634. Trazida á presença do juiz a pessoa detida e apresentada a informação do detentor, ou sómente esta, conforme o caso, o juiz, procederá a examinar os factos contidos na causa da detenção, prisão ou restricção da liberdade.

Si não apparecer causa legal para a detenção ou restricção da liberdade ou sua continuação, se decretará a liberdade immediata do preso ou detido.

Nos casos do art. 629, o juiz requisitará em termos respeitosos ao funcionario respectivo para que ponha em liberdade em acto continuo o detido, e si fôr desobedecido dará conta immediatamente ao Poder Publico perante quem pela Constituição ou pelas leis, o dito funcionario seja sujeito pelos actos de sua conducta ou faltar no cumprimento de seus deveres, para que proceda na forma da lei.

Art. 635. O preso ou detido será devolvido a seu

estado de detenção si do exame do caso resultar alguma das circunstancias seguintes:

1º. Que se achava detido em virtude de ordem, auto ou decreto de autoridade competente.

2º. Que a detenção ou prisão seja o resultado de uma sentença definitiva.

3º. Que se ache preso ou detido por desacato ao Tribunal, Juiz autoridade ou corporação com direito a punil-o, sempre que a dita faculdade resulte da ordem ou mandado.

Art. 636. Enquanto não se resolve, se encarregará o preso á guarda do empregado do lugar que possa ter esse encargo com os cuidados em relação a idade e que outras circunstancias aconselharem.

Art. 637. Não se poderá pronunciar resolução alguma, tratando-se de acção crime, sem intervenção do Ministerio Fiscal.

Art. 638. A pessoa apresentada em virtude de ordem de *habeas-corpus* póde negar os factos affirmados na informação ou allegar outros afim de provar que sua prisão ou detenção é illegal, ou que carece que se lhe ponha em liberdade.

Neste caso, o juiz concederá um praso breve para a prova.

Art. 639. A sentença pronunciada no recurso de *habeas-corpus* será appellavel, e sómente será concedida no effeito devolutivo quando fôr absolutoria, devendo interpôr-se o recurso dentro do praso peremptorio de 24 horas.

Art. 640. O procedimento a que dá lugar o recurso de *amparo* da liberdade será verbal ou summario, processado separadamente da questão de fundo com que possa ter relação.

Art. 641. Qualquer empregado dos que falla o art. 623 que tenha detido alguém e recuse dar cópia da ordem, auto, providencia ou dispositivo, origem da referida detenção, encorrerá em uma multa de 200 pesos a favor da pessoa detida.

Art 642. E' passivel de uma multa 500 a mil pesos, ou prisão por 4 a 8 mezes, ou de uma e de outra, todo aquelle que tendo em guarda alguem, que de harmonia com as disposições desteCodigo, careça de um *habeas-*

corpus para averiguar a causa de sua detenção, transfira o preso para a guarda de outra pessoa ou a ponha debaixo do poder ou autoridade de outro, ou o occulte, ou mude o lugar de sua detenção, com o fim ou proposito de illudir a expedição, notificação ou effeitos do auto.

Art. 643. A execução de todo *habeas-corpus* deve sempre ter lugar no prazo que não exceda de 24 horas, si o preso ou detido não se achar em maior distancia que 7 leguas do ponto em que se encontra o juiz ou Tribunal que o expediu.

Si estiver em maior distancia se concederá um dia mais por cada 7 leguas que se tiver de percorrer.

Art. 644. As custas do recurso, no caso de ser negado, serão a cargo do paciente, e sendo concedido, a cargo do funcionario autor da detenção illegal.

Art. 645. A falta de sellos ou pagamento necessarios, não obstará em caso algum o andamento e resolução do recurso de amparo da liberdade.

ART. 20

Da legislação sobre o *habeas-corpus*

§ 1º

AS LEIS DO IMPERIO

Como na fôrma do art. 83 da Constituição da Republica continuam em vigor as leis do antigo regimen, não revogadas ou que não se oppuzerem á letra e espirito da nova Constituição, e como estas disposições estão muitas dellas em vigor nos Estados, que as adoptaram, damol-as em seguida.

CODIGO DO PROCESSO CRIMINAL

Art. 340. Todo o cidadão que entender que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas-corpus*, em seu favor.

Art. 341. A petição para uma tal ordem deve designar:

§ 1º. O nome da pessoa que soffre a violencia e o de quem é della causa ou autor.

§ 2º. O conteúdo da ordem por que foi mettido em prisão, ou declaração explicita de que, sendo requerida, lhe foi denegada.

§ 3º. As razões em que funda a persuasão da illegalidade da prisão.

§ 4º. Assignatura e juramento sobre a verdade de tudo quanto allega.

Art. 342. Qualquer juiz de direito ou juizes municipaes, ou Tribunal de Justiça, dentro dos limites da sua jurisdição, a vista de uma tal petição, tem obrigação de mandar e fazer passar dentro de duas horas a ordem de *habeas-corpus*, salvo constando evidentemente que a parte nem pôde obter fiança, nem por alguma outra maneira ser alliviada da prisão.

Art. 343. A ordem de *habeas-corpus* deve ser escripta por um escrivão, assignada pelo juiz ou presidente do tribunal, sem emolumento algum; e nella se deve explicitamente ordenar ao detentor ou carcereiro que dentro de certo tempo e em certo lugar venha apresentar, perante o juiz ou tribunal, o queixoso, e dar as razões do seu procedimento.

Art. 344. Independentemente de petição, qualquer juiz pôde fazer passar uma ordem de *habeas-corpus ex-officio*, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, official de justiça, ou autoridade publica, tem illegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

Art. 345. Quando da petição e documentos apresentados a qualquer juiz ou tribunal se inferir contra alguma pessoa particular ou publica prova tal de detenção, que justifique perante á Lei a sua prisão, incluir-se-ha na ordem um mandado nesse sentido.

Art. 346. Qualquer inspector de quartelão, official de justiça ou guarda nacional, a quem fôr apresentada uma tal ordem em fôrma legal, tem obrigação de executal-a, ou coadjuvar sua execução.

Art. 347. As ordens que levarem logo o mandado de prisão serão executadas pela maneira que fica estabelecida no Cap. 6º do Tit. 3º; as que o não levarem serão pri-

meiro apresentadas ao detentor ou carcereiro, e, quando elles as não queiram receber, lidas em alta voz, serão affixadas na sua porta.

Art. 348. O official passará então certidão ou attestação jurada de tudo, á vista da qual o juiz ou tribunal mandará passar ordem de prisão contra o desobediente, que será executada como acima fica estabelecido.

Art. 349. O detentor ou carcereiro depois de preso será levado à presença do juiz ou tribunal, e se ahí se obstinar em não responder às perguntas que o juiz houver de lhe fazer na fôrma do art. 343, será recolhido à cadêa e processado conforme a Lei.

Art. 350. N'este caso, o juiz ou tribunal dará as providencias para que o paciente seja tirado da detenção pelos meios estabelecidos no Cap. 7º do Tit. 3º, estando em casa particular; ou por quaesquer outros compativeis com as Leis, estando em cadêa publica, para que se effectue o seu comparecimento.

Art. 351. Nenhum motivo escusará o detentor ou carcereiro de levar o paciente que estiver sob seu poder perante o juiz ou tribunal; salvo: 1º, doença grave (neste caso o juiz irá ao lugar ver a pessoa); 2º, fallecimento, identidade de pessoa e justificação de conducta provada evidentemente; 3º, resposta jurada de que não tem nem jamais teve tal pessoa em seu poder.

Art. 352. Obedecendo o detentor ou carcereiro, ou vindo por qualquer outra maneira o paciente perante o juiz ou tribunal, elle o examinará, e achando que de facto está illegalmente detento, ou que seu crime é afiançavel, o soltará ou o admittirá à fiança.

Art. 353. A prisão julgar-se-ha illegal:

§ 1º. Quando não houver uma justa causa para ella.

§ 2º. Quando o réo esteja na cadêa, sem ser processado, por mais tempo do que marca a Lei.

§ 3º. Quando o seu processo estiver evidentemente nullo.

§ 4º. Quando a autoridade que o mandou prender não tenha direito de o fazer.

§ 5º. Quando já tem cessado o motivo que justificava a prisão.

Art. 354. Si a prisão é em consequencia de processo civil, que interesse a algum cidadão, o juiz ou tribunal



não soltará o preso sem mandar vir essa pessoa, e ouvi-la summariamente perante o queixoso.

Art. 355. Sendo possível, o juiz ou tribunal requisitará da autoridade, que ordenou a prisão, todos os esclarecimentos, que provem sua legalidade, por escripto, antes de resolver a soltura do preso.

LEI DE 3 DE DEZEMBRO DE 1841

Art. 69. Dar-se-ha recurso:

7º. Da decisão que concede soltura em consequencia de *habeas-corpus*: este recurso será interposto *ex-officio*. E' sómente competente para conceder *habeas-corpus* o juiz superior ao que decretou a prisão.

Art. 111. No art. 351 antes da palavra — identidade — accrescente-se — não — e ficam supprimidas as seguintes, “e justificação de conducta.”

LEI N. 2.033 DE 20 DE SETEMBRO DE 1871

Art. 18. Os juizes de direito poderão expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem illegalmente presos, ainda quando o forem por determinação do Chefe de Policia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

A superioridade de gráo na ordem da jurisdicção judiciaria é a unica que limita a competencia da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandado das mesmas autoridades judiciaes.

§ 1º. Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o seu impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja d'elle ameaçado.

§ 2º. Não se poderá reconhecer constrangimento illegal na prisão determinada por despacho de pronuncia ou sentença da autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra taes actos que só pelos meios ordinarios podem ser nullificados.

§ 3º. Em todos os casos em que a autoridade, que conceder a ordem de *habeas-corpus* reconhecer que

houve, da parte da que autorizou o constrangimento ilegal, abuso de autoridade ou violação flagrante da lei, deverá, conforme fôr de sua competencia, fazer effectiva, ordenar ou requisitar a responsabilidade da que assim abusou.

§ 4º. Negada a ordem de *habeas-corpus* ou de soltura pela autoridade inferior, poderá ella ser requerida perante a superior.

§ 5º. Quando dos documentos apresentados se reconhecer evidentemente illegalidade do constrangimento, o juiz a quem se impetrar a ordem de *habeas-corpus* poderá ordenar a immediata cessação, mediante caução, até que se resolva definitivamente.

§ 6º. E' reconhecido e garantido o direito de justa indemnização, e, em todo caso, das custas contadas em tres dobros, a favor de quem soffrer o constrangimento ilegal, contra o responsável por semelhante abuso de poder.

§ 7º. A plena concessão do *habeas-corpus* não põe termo ao processo nem obsta a qualquer procedimento judicial que possa ter lugar em Juizo competente.

§ 8º. Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas-corpus*, nos casos em que esta tem lugar.

DECRETO N. 4.824 DE 22 DE NOVEMBRO DE 1871

Art. 75. O carcereiro, detentor, escrivão ou official do Juizo, que de qualquer modo embaraçar, demorar ou difficultar a expedição de uma ordem de *habeas-corpus*, a conducção e apresentação do paciente ou sua soltura, além das penas em que possa incorrer na fórmula da Lei Criminal, será multado na quantia de 40\$ a 100\$ pela autoridade competente.

DECRETO N. 5.618 DE 2 DE MAIO DE 1874

Art. 81. A petição de ordem de *habeas-corpus*, dirigida a Relação será apresentada, em qualquer dia, ao Presidente do Tribunal.

Art. 82. Si a petição não estiver nos termos do art. 341 do Codigo do Processo Criminal e do art. 18 da

Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871, o Presidente mandará, por seu despacho, que o impetrante preencha as formalidades legais.

Art. 83. Achando-se a petição nos devidos termos, o Presidente, depois de examinar a realidade e circunstâncias do facto à vista dos documentos, fará de tudo minuciosa exposição em mesa, na primeira sessão do Tribunal, se esta houver de ter lugar dentro de 48 horas da apresentação da petição; e, no caso contrario, se convocará sessão extraordinária.

Art. 84. Discutida a materia e votada pelos Desembargadores presentes, a decisão será lançada na petição e assignada por elles.

Art. 85. Si houver decisão favoravel ao paciente, o Secretario escreverá logo a ordem, que será assignada pelo Presidente e dirigida sem demora ao Detentor, Carcereiro ou outra pessoa de quem se receie o constrangimento corporal.

Art. 86. A ordem será passada conforme o art. 343 do Codigo do Processo Criminal, e nella se incluirá o mandado de prisão contra o autor da violencia, quando se verificar o caso previsto no art. 345 do citado Codigo.

Art. 87. Si na execução da ordem se der desobediencia prevenida no art. 347 do Codigo do Processo Criminal, será apresentada ao Presidente a certidão ou attestação jurada do official da diligencia, conforme o art. 348 do mesmo Codigo.

Art. 88. A vista do documento indicado no artigo anterior, o Presidente procederá nos termos do art. 15, § 4º da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871, e imporá multa, na fórma do art. 75 do regulamento n. 4.824 de 22 de Novembro de 1871, ao carcereiro, detentor, escrivão ou official de justiça que de qualquer modo embaraçar, demorar ou diffcultar a expedição ou execução da ordem de *habeas-corpus*.

Art 89. As ordens necessarias para cumprimento do disposto nos arts. 349, 350 e 351 do Codigo do Processo Criminal serão executadas em nome e com a assignatura do Presidente do Tribunal.

§ 2º

LEIS DA REPUBLICA

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer, ou se acharem imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção por illegalidade, ou abuso de poder.

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

II. Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e Tribunaes Federaes, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º e o art. 60.

Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defeza, em disposição da Constituição Federal.

Art. 61. As decisões dos juizes e Tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º, *habeas-corpus*.

Em taes casos, haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal.

DECRETO 848 DE 11 DE OUTUBRO DE 1890

Art. 9º. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

IV. Conceder ordem de *habeas-corpus* em recurso voluntario, quando tenha sido denegada pelos juizes federaes, ou por juizes e tribunaes locaes.

Art. 45. O cidadão ou estrangeiro que entender que elle ou outrem soffre prisão, ou constrangimento illegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de soffrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de *habeas-corpus*, em seu favor ou no de outrem.

Art. 46. A petição para uma tal ordem deve designar:

a) o nome da pessoa que soffre a violencia ou é ameaçada, e o de quem é della causa ou autor;



b) o conteúdo da ordem porque foi mettido na prisão, ou declaração explicita de que, sendo requerida, lhe foi denegada, e, em caso de ameaça, simplesmente as razões fundadas para temer o protesto de lhe ser infligido o mal;

c) os motivos da persuasão da ilegalidade da prisão ou do arbitrio da ameaça.

Art. 47. O Supremo Tribunal Federal e os juizes de secção farão, dentro dos limites de sua jurisdição respectiva, passar de prompto a ordem de *habeas-corpus* solicitada, nos casos em que a lei o permitta, seja qual fôr a autoridade que haja decretado o constrangimento ou ameaça de o fazer, exceptuada, todavia, a autoridade militar, nos casos de jurisdição restricta e quando o constrangimento ou ameaça fôr exercida contra individuos da mesma classe ou de classe differente, mas sujeitos a regimento militar.

Art. 48. Independentemente de petição, qualquer juiz ou Tribunal Federal pôde fazer passar uma ordem de *habeas-corpus ex-officio* todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento, por prova instrumental ou ao menos deposição de uma testemunha maior de excepção, que algum cidadão, official de justiça ou autoridade publica tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

Art. 49. Da denegação da ordem de *habeas-corpus* haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, sendo licito ao recorrente interpol-o no praso de 15 dias, contados da data da intimação do despacho em que não fôra attendido.

LEI N. 221 DE 20 DE NOVEMBRO DE 1894

Art. 13, § 16. As disposições da presente lei não alteram o direito vigente quanto:

a) ao *habeas-corpus*.

Art. 23. O Supremo Tribunal Federal, no exercicio da attribuição que lhe é conferida pelo art. 47 do decreto n. 848, é competente para conceder originariamente a ordem de *habeas-corpus* quando o constrangimento ou a ameaça deste proceder de autoridade, cujos actos estejam sujeitos á jurisdição do tribunal, ou fôr exercido contra

juiz ou funcionario federal, ou quando tratar-se de crimes sujeitos a jurisdicção federal, ou ainda no caso de imminente perigo de consummar-se a violencia, antes de outro tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da *especie* em primeira instancia.

Aos juizes seccionaes, dentro da sua jurisdicção, compete igualmente conhecer da petição de *habeas-corpus*, ainda que a prisão ou ameaça desta seja feita por autoridade estadual, desde que se trate de crimes da jurisdicção federal, ou o acto se dê contra funcionario da União.

Paragrapho unico. O recurso permittido pelo art. 49 do citado decreto n. 848, póde ser interposto directamente para o Supremo Tribunal Federal, da decisão do juiz de primeira instancia que houver denegado a ordem de *habeas-corpus*, independente de decisões de juiz ou tribunaes de segunda instancias.

a) O mesmo recurso tambem cabe quando o juiz ou tribunal se declarar incompetente, ou por qualquer motivo se abster de conhecer da petição.

b) O recorrente deve instruir o recurso no praso do art. 49 citado, devendo ser o mesmo respondido em 48 horas pelo juiz ou tribunal *a quo*, que o fará expedir sem demora para o Supremo Tribunal Federal.

c) Concedida a ordem de *habeas-corpus* ao recorrente, que se achar solto ou ausente, só será dispensado o comparecimento pessoal do mesmo, provado impedimento ou justa causa da ausencia.

d) No julgamento do recurso facultado pelo art. 49, supracitado, o Supremo Tribunal Federal tambem poderá, desde logo, resolver definitivamente sobre a materia do mesmo si, em vista dos autos, forem dispensaveis novos esclarecimentos e o comparecimento ulterior do recorrente.

e) Si a justiça local negar os recursos de sua decisão sobre *habeas-corpus* ou de qualquer modo obstar ao seu seguimento tem applicação as disposições dos §§ 1º a 4º do art. 58 desta lei.

Art. 55. Na interposição e seguimento dos recursos das decisões sobre o *habeas-corpus*, se guardará o disposto no art. 49 do decreto n. 848 e 67 do regimento do Supremo Tribunal Federal.

Art. 58. § 1º. Si as justiças dos Estados ou do Districto Federal não receberem a appellação, a parte prejudicada ou o ministerio publico poderá solicitar do escrivão do feito ou de qualquer tabellião do lugar a expedição de carta testemunhavel, e, ratificando a mediante protesto no juizo seccional do Estado ou do districto, apresentará os dois respectivos instrumentos ao Supremo Tribunal Federal, que, á vista delles, mandará ou não que seja tomada por termo a appellação e subam os autos, conforme fôr de direito.

§ 2º. Quando não fôr possivel a apresentação dos autos originaes, o tribunal conhecerá da appellação á vista do traslado, estando este devidamente conferido e concertado.

§ 3º. Si, por qualquer modo, fôr obstada ou impedida a execução das sentenças do Supremo Tribunal Federal, o ministerio publico apresentará denuncia contra o oppositor ou oppositores, pelo crime definido no art. 111 do Codigo Penal, e tanto elle como as partes interessadas poderão promover a execução das mesmas sentenças perante o juizo federal, recusando-se o local.

§ 4º. No caso de ser julgada deserta a appellação, de que trata este artigo, si o appellante provar que o seguimento foi obstado por autoridade local, o Supremo Tribunal Federal poderá releval-o da deserção e assignar-lhe novo praso, conforme o disposto no art. 347 do decreto n. 848 de 1890.

Art. 85. O Regimento do Supremo Tribunal Federal se cumprirá com as alterações desta lei.

REGIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art. 15. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

§ 3º. Conceder ordem de *habeas-corpus* ou a soltura, nos casos em que a Lei a autorisa:

a) *ex-officio*, quando no curso de um processo chegue ao seu conhecimento, por prova instrumental ou ao menos deposição de uma testemunha maior de toda a excepção, que alguma autoridade publica, official de justiça ou qualquer pessoa tem illegalmente alguém sob sua guarda ou detenção;

b) em virtude de petição do paciente, ou de alguém

por elle, dentro dos limites da competencia do Tribunal para originariamente conhecer da illegalidade da prisão ou constrangimento, seja qual fôr a autoridade que o tenha ordenado, excepto, todavia, a militar, nos casos de jurisdicção restricta e quando o constrangimento ou ameaça fôr exercido contra individuos da mesma classe, ou de classe differente, mas sujeitos ao regimen militar;

c) em gráo de recurso das decisões dos juizes seccionaes, das justiças dos Estados ou do Districto Federal, que denegarem a ordem de *habeas-corpus* ou a soltura. (Const. arts. 61 e 72 §§ 22 e 83; Dec. 848, arts. 9º IV, 45 a 49)

Art. 65. As petições de *habeas-corpus*, que forem dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, serão apresentadas em qualquer dia ao seu Presidente.

§ 1º. Si a petição contiver os requisitos do art. 46 do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, o Presidente a mandará autoar pelo Secretario, e a distribuirá; faltando, porém, algum delles, mandará por seu despacho preencher-o para seguir-se a autoação e distribuição, logo que fôr representada em fôrma regular.

§ 2º. O relator, examinando si o caso é de competencia do Tribunal, e a realidade e circumstancias do facto, á vista dos documentos, fará de tudo minuciosa exposição á meza na mesma sessão em que receber os autos.

§ 3º. O Tribunal se declara incompetente para conceder a ordem, si não verificar algum dos casos especificados no art. 15, § 3º, deste regimento, ou si tratar-se de medida de repressão autorisada pelo art. 80 da Constituição, emquanto perdurar o estado de sitio, ou si a coacção proceder de autoridade militar, no exercicio privativo de suas attribuições contra outro militar ou cidadão sujeito a regimen militar.

§ 4º. Discutida a materia se decidirá, pela pluralidade dos votos dos juizes presentes, si tem ou não lugar a expedicção da ordem requerida.

§ 5º. Sendo affirmativa a decisão, o Secretario do Tribunal escreverá a ordem, que, assignada pelo Presidente, será dirigida sem demora ao detentor, carcereiro, ou outra pessoa, de quem provenha ou se receie o constrangimento.

§ 6º. Na decisão se ordenará o comparecimento do impetrante em dia e hora determinados, e se exigirão os esclarecimentos necessários.

§ 7º. Quando da petição e documentos apresentados se inferir contra o responsável pela detenção tal culpa, que justifique perante a Lei a sua prisão, incluir-se-ha na ordem um mandado de prisão contra o detentor.

§ 8º. Si pelos documentos se evidenciar a ilegalidade do constrangimento, o Tribunal poderá ordenar imediata cessação do mesmo constrangimento, mediante fiança ou depósito equivalente, até que se resolva definitivamente.

§ 9º. Concluídas as diligências para o comparecimento do paciente com o detentor ou carcereiro, o relator exporá em mesa o que constar das informações obtidas e o Presidente fará ao detentor ou carcereiro e ao paciente as perguntas que entender convenientes ou forem requisitadas pelo Procurador Geral da República ou por qualquer outro membro do Tribunal.

§ 10. O paciente poderá apresentar advogado para deduzir o seu direito; e ser-lhe-ha nomeado curador, si fôr menor.

§ 11. Finda a discussão da matéria entre os membros do Tribunal, os juizes darão os seus votos sobre a legalidade ou ilegalidade da coacção, mandando ou não pôr-lhe termo.

§ 12. Não comparecendo o paciente no dia designado, sem constar qualquer impedimento de força maior, se julgará prejudicada a ordem (Codigo do Processo Criminal arts. 340 a 343; Dec. n. 5.618 de 1874, arts. 81 a 85; Dec. n. 848, arts. 45 a 47).

Art. 66. As decisões do Tribunal sobre *habeas-corpus* serão lançadas em fôrma de sentença nos autos. As ordens necessarias para cumprimento das determinações do Tribunal serão passadas por meio de portaria, em nome e com assignatura do Presidente. (Codigo do Processo art. 343; Dec. n. 5.618, art. 89)

Art. 67. Os autos dos recursos que forem interpostos das decisões proferidas pelos juizes seccionaes pelas justiças dos Estados sobre *habeas-corpus*, se Tribunal immediatamente depois de lavrado o termo do recurso com documentos que o recorrente juntar

à sua petição dentro dos 15 dias concedidos para a interposição e os esclarecimentos que ao juiz ou Tribunal *a quo* e ao Ministerio Publico parecerem convenientes. (Dec. 848, art. 49)

Paragrapho unico . Recebido e distribuído o recurso, o relator exporá a materia na primeira sessão, e seguir-se-ha immediatamente a discussão e julgamento, observadas as regras estabelecidas nos artigos precedentes, conforme se tratar da concessão de ordem de apresentação, ou de soltura e cessação de qualquer constrangimento.

Art. 68. Independente de recurso ou petição, sempre que no curso de um processo constar por documento ou ao menos deposição de uma testemunha maior de toda a excepção, que alguma pessoa, official de justiça ou autoridade publica tem illegalmente alguém sob sua guarda ou detenção, o Presidente do Tribunal, qualquer dos juizes ou o Procurador Geral da Republica deverá propor a expedição de uma ordem de *habeas-corpus*, e a maioria resolverá. (Dec. 848, art. 48)

Paragrapho unico. A decisão que determinar a expedição *ex-officio* de uma ordem de *habeas-corpus*, será autoada com os documentos a que ella se referir para base do processo, que seguirá os demais termos.

Art. 69. Sempre que o Supremo Tribunal Federal reconhecer que houve da parte de quem autorizou o constrangimento illegal abuso da autoridade ou violação flagrante da Lei, mandará dar vista dos autos ao Procurador Geral da Republica, para que este, por si ou pelos procuradores seccionaes, offereça a denuncia, quando lhes competir, ou represente a quem de direito para se tornar effectiva a responsabilidade. (Lei 2.033 de 1871, art. 18 § 3º)

Art. 70. Si na execução de ordem de *habeas-corpus* se der desobediencia, por não cumpril-a o carcereiro ou detentor do paciente, o Presidente do Tribunal, a vista da certidão ou attestação do official da diligencia, mandará passar ordem de prisão contra o desobediente. (Cod. do Proc., art. 348)

§ 1º. O carcereiro ou detentor, depois de preso, será levado à presença do Tribunal; e se ahi se obstinar em não responder às perguntas que lhe forem feitas a res-

peito do paciente, será recolhido á cadêa, para ser processado, conforme a Lei. (Cod. citado art. 349)

§ 2º. Neste caso o Tribunal dará as providencias para que o paciente seja tirado da detenção por meio de busca, estando em casa particular, ou por quaesquer outros compativeis com a Lei, estando em cadêa publica, para que se effectue o seu comparecimento. (Cit. Cod. art. 350)

§ 3º. Si o carcereiro, detentor, escrivão ou official do juizo, por qualquer fôrma, embaraçar, demorar ou diffcultar a expedição de uma ordem de *habeas-corpus*, a conducção e apresentação do paciente, ou sua soltura ordenada pelo Tribunal, o Presidente deste imporá a multa de 40\$ a 100\$ ao culpado, e dará vista de todos os documentos respectivos ao Procurador Geral da Republica, para que este promova o que fôr de direito. (Dec. 4.824 de 1871, art. 75)

Art. 71. As fianças que se houverem de prestar perante o Supremo Tribunal Federal, em virtude de *habeas-corpus*, serão processadas pelo juiz relator.

Art. 72. A prisão ou constrangimento se julgará illegal:

§ 1º. Quando não tiver uma justa causa.

§ 2º. Quando o paciente estiver preso sem ser processado por mais tempo do que marca a Lei. (Cod. do Proc. Crim. art. 148)

§ 3º. Quando o seu processo estiver evidentemente nullo, não havendo sentença proferida por juiz competente, de que caiba recurso ordinario, ou que tenha passado em julgado.

§ 4º. Quando a pessoa, publica ou particular, que ordenou a prisão ou coacção, não tenha o direito de o fazer.

§ 5º. Quando já tem cessado o motivo, que justificou a prisão ou constrangimento. (Cod. do Proc. art. 353 e Lei 2.033 de 1871, art. 18 § 2º)

A soltura pendente o processo do *habeas-corpus* não prejudica o julgamento da illegalidade da prisão, e consequente responsabilidade.

O art. 43 da lei 221 citada que manda observar as disposições contidas no Cap. 1º. Tit. 3º do regimento do Supremo Tribunal Federal.

Accórdãos do Supremo Tribunal sobre estado de sitio

Os de 23 e 27 de Abril de 1893 determinam: “considerando que as medidas autorizadas pela Constituição, art. 80 § 1º, não revestem o caracter de pena, que o Presidente da Republica em caso algum poderá impor, visto não lhe ter sido conferida a attribuição de julgar, porém são medidas de segurança, de natureza transitoria, emquanto os accusados não são submettidos aos seus juizes naturaes; considerando que ao Congresso compete privativamente approvar, ou reprovar o estado de sitio declarado pelo Presidente da Republica, bem assim o exame das medidas excepcionaes, que elle houver tomado; considerando, portanto, que antes do juizo politico do Congresso não póde o Poder Judiciario apreciar o uso feito pelo Presidente da Republica daquella attribuição constitucional, e que tambem não é da indole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funcções politicas do Poder Executivo ou Legislativo; considerando que, ainda quando na situação creada pelo estado de sitio estejam ou possam estar envolvidos direitos individuaes, esta circumstancia não habilita o Poder Judiciario a intervir para nullificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da Republica visto ser impossivel isolar esses direitos da questão politica, que os comprehende, salvo si tratar-se unicamente de abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas; considerando que a cessação do estado de sitio não importa, *ipso facto*, na cessação das medidas tomadas dentro delle, as quaes continuam a subsistir, emquanto os accusados não forem submettidos, como devem, aos tribunaes competentes, pois do contrario poderiam ficar inutilizadas todas as providencias aconselhadas por graves razões de ordem publica; negam ordem de *habeas-corpus* em favor de uns detidos e outros desterrados por ordem do Presidente da Republica, em razão dos acontecimentos que determinaram a suspensão das garantias.”

O de n. 462 de 31 de Janeiro de 1894. Não concede ordem de soltura em processo de *habeas-corpus*, quando o paciente se acha preso por crime politico, embora recolhido á casa de detenção.

O de n. 1.073 de 16 de Abril de 1898, a favor de pacientes, primeiramente detidos e depois desterrados para a ilha Fernando de Noronha, por decreto do Presidente da Republica, usando da faculdade que lhe confere o art. 80, § 2º, n. 3, da Constituição Federal, como no citado decreto se declara; e

Considerando que um dos pacientes é senador e dous são deputados, que os deputados e senadores, desde que tiverem recebido diploma até á nova eleição, não poderão ser presos sinão no caso de flagrancia em crime inafiançavel. (Const. art. 10);

Considerando que a prisão de nenhum desses tres pacientes se realizou em taes condições;

Considerando que a immunitade, inherente á funcção de legislar, importa essencialmente a autonomia e independencia do poder Legislativo, de sorte que não pôde estar incluída entre as garantias constitucionaes que o estado de sitio suspende, nos termos do art. 80 da Constituição, pois, de outro modo, se ao Poder Executivo fosse licito arredar de suas cadeiras deputados e senadores, ficaria á mercê do seu arbitrio, e, por isso mesmo, annullada a independencia desse outro poder politico, órgão, como elle, da soberania nacional (Const., art. 15) e o estado de sitio, cujo fim é defender a autoridade e livre funcionamento dos poderes constituídos, converter-se-hia em meio de oppressão sinão de destruição de um delles (sentença de 15 de dezembro de 1893, da Suprema Côrte Argentina, no recurso de *habeas-corpus* do senador Alem);

Considerando mais que os pacientes foram presos e desterrados durante o estado de sitio declarado pelo decreto legislativo n. 456, de 12 de Novembro de 1897, e prorogado pelos decretos do Poder Executivo n. 2.737, de 11 de Dezembro do mesmo anno, occorrendo até que os pacientes deputados Alcindo Guanabara e Barbosa Lima foram presos antes de publicado o decreto legislativo, que declarou o sitio;

Considerando que com a cessação do estado de sitio cessam todas as medidas de repressão durante elle tomadas pelo Poder Executivo, porquanto:

1º, essa extrema medida, medida de alta policia repressiva, só pôde ser decretada *por tempo determinado* (Const., art. 80) e fôra dar-lhe duração indeterminada e prorogar-lhe os effeitos além do prazo prefixado no decreto que a estabelece;

2º, absurdo seria subsistirem as medidas repressivas, sómente autorizadas pelas exigencias da segurança da República, que determinam a declaração do sitio, quando taes exigencias teem cessado pelo desaparecimento da aggressão estrangeira, ou da commoção intestina, que as produziram, pois seria a sobrevivencia de um effeito já sem causa, e certo é, na hypothese occorrente, que a commoção interna, motivo do decreto legislativo de 12 de Novembro do anno passado e dos decretos do Poder Executivo que o prorogaram, desde muito terminou, pois desde 23 de Fevereiro cessou o estado de sitio que a attestava, e, pois, com elle, não podiam deixar de cessar as medidas de excepção que só elle legitimava;

3º, outro e não menor absurdo seria que pudessem durar indefinidamente transitorias medidas de repressão deixadas ao arbitrio do Poder Executivo, quando nas proprias penas, impostas pelo Judiciario, com todas as fórmulas tutelares do processo, é requisito substancial a determinação do tempo que hão de durar (Ruy Barbosa, *O estado de sitio*, pag. 178);

4º, já a Constituição do imperio, no art. 179, § 35, dispunha que nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, pedindo a segurança do Estado que se dispensassem por tempo determinado alguma das formalidades que garantiam a liberdade individual,

poder-se-hia fazer por acto especial do Poder Legislativo; não se achando, porém, a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a patria perigo imminente, poderia o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria e indispensavel, *suspendendo-a immediatamente que cessasse a necessidade urgente que a motivava*. E leis posteriores á de 22 de Setembro de 1835, que suspendeu no Pará por espaço de seis mezes, a contar da data de sua publicação naquella provincia, os §§ 6º a 10 do art. 179 da Constituição, para que pudesse o Governo autorizar o presidente da referida provincia “para mandar prender sem culpa formada e poder conservar em prisão, sem sujeitar a processo durante o dito espaço de seis mezes, os indiciados em qualquer dos crimes de resistencia, conspiração, sedição, rebellião e homicidio”, a de 11 de Outubro de 1836, prorogada pela de 12 de Outubro de 1837, e o decreto do Poder Executivo de 29 de Março de 1841, prorogado pelo de 14 de Maio de 1842, suspendendo as garantias no Rio Grande do Sul, e os 17 de Maio de 1842, suspendendo-as em S. Paulo e Minas Geraes — todos declaram terminantemente que a faculdade que tem o Governo para mandar prender e conservar em prisão um cidadão sem ser sujeito a processo é sómente durante tempo da suspensão de garantias, que deve necessariamente ser fixo e determinado (voto vencido do Sr. Piza e Almeida no accórdão deste tribunal de 27 de Abril de 1892);

5º, o proprio regimento interno do tribunal, no art. 65, § 3º, consagra esta doutrina, quando dispõe que o tribunal se declarara incompetente para conceder a ordem de *habeas-corpus* si se tratar de medida de repressão autorizada pelo art. 80 da Constituição, *emquanto perdurar o estado de sitio*.

Considerando mais que a esta interpretação do ponto constitucional não obsta a attribuição do ponto privativamente conferida ao Congresso Nacional, no art. 34, n. 21, da Constituição, para approvar ou suspender o sitio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, na ausencia delle, e, no art. 80, § 3º, para conhecer das medidas de excepção que houverem sido tomadas e que o Presidente da Republica lhe relatará, pois tal attribuição, para o unico effeito de decretar-se, ou não, a responsabilidade dos agentes do Poder Executivo (lei de 8 de Janeiro de 1892, art. 33), não exclue a competencia do Judiciario si não para esse julgamento politico, que não para o diverso effeito de amparar e restabelecer os direitos individuaes que taes medidas hajam violado, quando dellas venha regularmente a conhecer por via de pedido de *habeas-corpus*;

Considerando que a acção judiciaria, suspensa durante o estado de sitio para o *habeas-corpus* em relação aos attingidos pelos effeitos do mesmo sitio, como suspensas estão, ou podem estar, todas as garantias individuaes, com ellas se restabelece e revigora pela cessação daquelle estado excepcional e transitorio;

Considerando que, si a garantia do *habeas-corpus* houvesse de ficar suspensa emquanto o estado de sitio não passasse pelo julgamento politico do Congresso, de tal julgamento ficasse dependendo o restabelecimento do direito individual offendido pelas medidas de repressão empregadas pelo Governo no decurso

daquelle periodo de suspensão do garantias, indefesa ficaria por indeterminado tempo a propria liberdade individual e mutilada a mais nobre função tutelar do poder judiciario, além de que abriria-se abundante fonte de conflictos entre elle e o Congresso Nacional, vindo a ser este, em ultima analyse, quem *julgaria* os individuos attingidos pela repressão politica do sitio, e os julgaria sem forma de processo e em fóro privilegiado não conhecido pela Constituição e pelas leis;

Considerando, finalmente, que os pacientes se acham desterrados para a ilha de Fernando de Noronha, hoje presidio do Estado de Pernambuco, creado pelo decreto de 6 de Agosto de 1897, e, assim, para sitio do territorio nacional destinado a réos de crimes communs, o que é contrario á Constituição, art. 80, § 2º, cumprindo que ao n. 2 desse paragrapho se estenda a clausula benigna expressa no n. 1º, por identidade de razão, que é evitar-se a promiscuidade dos réos de crimes politicos com os réos de crimes communs;

Accórdão conceder a impetrada ordem de *habeas-corpus* para que cesse o constrangimento illegal em que se acham os pacientes. Custas pela União.

Houve votos vencidos.

Immuniades asseguradas aos deputados e senadores estadoaes pela respectiva Constituição estadual — Obrigatoriedade de taes privilegios em relação á União e aos demais Estados.

Tribunal Civil e Criminal. Accórdão do Conselho de 30 de Setembro de 1899.

As immuniades asseguradas aos deputados e senadores estadoaes pela respectiva Constituição estadual devem ser respeitadas pela União e pelos demais Estados.

Os Juizes do Conselho do Tribunal Civil e Criminal, dando provimento ao recurso interposto pelo Dr. Eduardo Gonçalves Ribeiro da sentença que o pronunciou como incurso nos arts. 316 § 1º e 319 § 2º do Código Penal em virtude da queixa apresentada pelo Almirante José da Costa Azevedo, reformam essa sentença e annullam o processo de fl. 326 em diante, visto que sendo o recorrente Deputado no Estado do Amazonas, goza das immuniades a que se refere a respectiva Constituição, art. 19, por força do qual “salvo o caso de flagrante delicto em crime inafiançavel, os representantes do Estado não podem ser presos nem processados criminalmente sem preceder licença do Congresso.”

Creada para o fim de assegurar a liberdade dos mandatarios do povo e o desempenho do seu mandato, a referida prerogativa é uma medida de interesse publico, que a Constituição Federal (art. 20) consignou no intuito de evitar que a inimidade pessoal, o odio ou a exploração politica perturbem o funcionamento normal do Poder Legislativo, ou afastando das Camaras representantes da Nação ou enfraquecendo o seu natural prestigio pela

deshonra ou pelo descrédito, muitas vezes consequente á imputação de actos deprimentes dos sentimentos que formam a inteireza moral do homem.

Essa prerogativa está escripta nas Constituições de todos os Estados do Brazil, que segundo a lei fundamental da Republica, instituiram uma medida própria da indole do systema representativo, medida que os paizes de organização politica semelhante á nossa — os Estados Unidos da America do Norte e a Republica Argentina — incluíram nas Constituições dos Estados ou Provincias que compõem a Federação.

Embora as leis dos Estados sejam actos oriundos de autoridades que exercem suas funcções dentro dos limites dos respectivos territorios, a obrigatoriedade dessas leis transpõe as fronteiras estadoaes, para o effeito de serem ellas observadas, em casos como o vertente, pelos diversos tribunaes do paiz, desde que não estejam em conflicto e antes em perfeita harmonia, como na especie sujeita, com a lei fundamental da Republica.

Se decorre da Constituição da União a necessidade de existir nos Estados, os tres órgãos representativos do Poder Publico — o legislativo, o executivo e o judiciario, como meio indispensavel á vida social e politica de cada uma das communhões parciaes que formam a communhão geral da Nação; se para o desempenho da missão legislativa é preciso cercar os representantes do povo de immuniidades que assegurem o cumprimento de seu mandato: dispensar a *licença* no presente processo seria contrariar os intuitos constitucionaes, embaraçando o serviço peculiar ao poder legislativo estadual, cuja existencia é producto mediato da propria Constituição da Republica.

Se a prerogativa prescripta na Constituição do Amazonas só aproveitasse ao deputado *dentro dos limites territoriaes do seu Estado e perante a respectiva justiça local*, além de que as immuniidades ficariam dependentes da *vontade do queixoso*, que tendo o direito de escolha, para o processo, entre *o fôro do domicilio e o fôro do delicto*, optaria sempre por aquelle que despojasse o representante do povo da sua prerogativa, semelhante circumstancia tambem collocaria o deputado ao desabrigo da protecção constitucional quer quando se lhe imputasse um crime da competencia da *justiça seccional*, quer quando fosse envolvido em processo de *natureza militar*.

E por esta fôrma, crescido numero de infracções penaes daria largas ensanchas a que mesmo dentro do Estado, se burlasse a providencia creada a bem do desempenho do mandato legislativo.

Não é singular este modo de decidir: O Poder Executivo, pela resolução de 6 de Janeiro do corrente anno, á que faz referencia o Aviso do Ministerio da Guerra de 12 do mesmo mez, determinou que não devem exercer cargo no ministerio da Guerra e da Marinha enquanto estiverem investidos do seu mandato legislativo, “Os Deputados ou Senadores federaes ou estadoaes” que forem militares, “por isso que ficam no gozo de immuniidades, desde que recebem diploma até nova eleição.”

E o Supremo Tribunal Militar, por sentença de 13 de Junho ultimo no processo contra o Tenente João de Albuquerque Serejo,

depois de considerar — “que, ainda quando se pudesse attender áquelle despacho do Ajudante General, contrario ao de não pronuncia do réo, o processo estaria desde o seu inicio ainda *dependente de licença do Congresso do Estado* nos termos da Constituição respectiva, art. 19, consoante a Constituição Federal, art. 20, e as disposições identicas das Constituições de todos os outros Estados da União, cuja força obrigaría ás *autoridades Federaes* não pôde ser contestada:

a) porque as Constituições dos Estados no regimem federativo completam a Constituição da União;

b) porque a vida dos parlamentos estadoaes ficaria desamparada das immunidades indispensaveis á independencia dos representantes do povo nesses departamentos electivos;... que o militar exercendo *cargo electivo* da União ou dos Estados e em disponibilidade, deve ser afastado do serviço e poupado aos deveres propriamente militares, desde que o cumprimento d'estes deveres interessa directa ou indirectamente o desempenho de referido cargo: julgou *nullo todo o processo*, “porque, ainda quando fosse subsistente a accusação contra o réo arguido, o que não é, este, sendo *Deputado ao Congresso do Amazonas*, não podia ser preso nem processado sem prévia licença da sua *Camara*.”

E assim decidindo, mandam que se dê baixa na culpa, e condemnem o queixoso nas custas.

Rio, 30 de Setembro de 1898. — *Muniz Barreto*, presidente e relator. — *Segurado* — *Thomé Torres*.

INDICE DAS MATERIAS

INDICE DAS MATERIAS

ART. 1º

Definição do *habeas-corpus*, como procedimento civil, processo especial, *summario*, de natureza *sui-generis*, com applicações nas relações do direito criminal, civil, administrativo e politico; opinião de Waite, de Marshall é questão diversa da criminalidade do paciente, o art. 640 do Codigo Argentino..... pag. 5

ART. 2º

Origem da ordem de *habeas-corpus*, os *interdictos possessorios* romanos que lhe deram origem, opiniões de Eduardo Livingston, de Patrick, de Lobão, de Corrêa Telles e Teixeira de Freitas..... pag. 7

ART. 3º

A origem da expressão *habeas-corpus*. Não caracteriza sómente a coacção corporea pag. 8

ART. 4º

A instituição do *habeas-corpus* é Inglesa. Opinião de Hurd, the American Cyclopedia, o art. 29 da Magna Carta, considerações de Pitt, o mais velho, sobre a Magna Carta, opinião de Pimenta Bueno pag. 9

ART. 5º

Historia do *habeas-corpus* na Inglaterra; como foi assignada a Magna Carta, o art. 29 da Magna Carta não originou o *habeas-corpus*, o *habeas-corpus* já existia pela *common-law*, as leis protectoras da prisão, anteriores á Magna Carta, opinião do Glanville, de Blackstone, a ordem illudida, impotencia da ordem, a petição de direitos, o caso dos 5 cavalheiros, presos á ordem do Rei, opinião de Hallam, de Amos, de Cobbet, o *bill* de 1674, a passagem do *bill* de Carlos II, opinião de E. Livingston e do Chancellor Kent pag. 10

§ 1º

O *bill* de Carlos II. O n. I é o preambulo, referindo-se: á grande demora em dar as informações; ás resistencias ao primeiro *habeas-corpus*, esperando-se segundo e mais ás obediencias ás ordens de *habeas-corpus*. O n. II estabelece que: o requerimento é para si ou a favor de outrem; a

obediência á ordem; manda deixar a ordem de *habeas-corpus* no carcere; marca o praso de 3 dias para informar; a obrigação de conduzir o paciente perante quem concedeu a ordem e certificar a verdadeira causa de prisão. O n. III cogita da: formula da ordem, assignatura por quem a concedeu; concessão da ordem excepto aos condemnados ou em execução por processo regular; a necessidade do original ou cópia da ordem de prisão ou sob juramento de que foi denegada; do requerimento escripto do paciente ou de alguém por elle, attestado e subscripto por duas testemunhas presentes ao acto da entrega; obrigação de conceder e expedir a ordem com sello da Côrte, a quem detem, afim de informar immediatamente; apresentação do paciente dentro do praso com as verdadeiras causas da prisão; dentro de dois dias da apresentação, tomadas as respostas do paciente e conductor dará a decisão; origem da fiança por *habeas-corpus*; as diversas competencias do fôro; obrigação de informar a ordem com as excepções nas prisões em processo, por mandado ou ordem regular de côrte competente ou por crime inafiançavel. O n. V estabelece: a quem retardar, ou negar as informações, ou deixar de conduzir o preso, ou recusar dar ou não entregar a cópia da ordem de prisão, a multa de 100 libras pela primeira falta e de 200 e a incapacidade do officio pela segunda. O n. VI estatue, a multa de 500 libras pelas prisões pelo mesmo motivo excepto por ordem regular e processo da Côrte onde tenha sido condemnado em julgamento completo, ou de outra Côrte que tenha jurisdição na causa. O n. VII trata da relaxação sob fiança, soltura por demora no processo e julgamento. O n. IX trata da remoção do lugar da prisão com as devidas excepções sob a multa do n. V. O n. X estabelece a multa de 500 libras a quem negar *habeas-corpus* nos termos da lei. O n. XI estabelece a jurisdição do *habeas-corpus* em toda a circumscripção territorial. O n. XII trata da remoção para além-mar. O n. XVI estabelece o fôro do lugar em que commetteu-se o crime para ser processado e julgado. O n. XVII trata da prescrição e da perempção da causa. O n. XX da não retroactividade das leis penaes pag. 14

§ 2º

Como passou o *bill* de Carlos 2º, seus effeitos. A evolução da instituição. Opinião de Church, de Burnet, de Christian commentando Blasckstone, de Amos, de Alcorta, de Green, de Cobbet, de Hume, de Allam, de Macauley, de Russell, a lei de lord Shaftesbury, opinião de Pimenta Bueno, de Ed. Levingston, de Hallam, os abusos ou subterfugios, o que o *bill* de Carlos 2º providenciou, o estatuto de Jorge 3º pag. 23

§ 3º

O *habeas-corpus* nas colonias inglezas. Opinião de Story.... pag. 28

ART. 6º

Do *habeas-corpus* na America do Norte. A disposição da Constituição Americana..... pag. 28

§ 1º

As disposições do Judiciary Act sobre o *habeas-corpus*..... pag. 29

§ 2º

As disposições sobre o *habeas-corpus* nos diversos Estados da America do Norte pag. 32

ART. 7º

O *habeas-corpus* na Republica Argentina pag. 33

ART. 8º

O fundamento do *habeas-corpus* no Brazil; a disposição da Constituição da Republica, o *habeas-corpus* já existia no Brazil, mesmo antes do Código do Processo; o Código do Processo, a lei 2.033 de 1871, o *habeas-corpus* na Republica é materia Constitucional, conselho de Andrew Amos..... pag. 34

ART. 9º

O processo do *habeas-corpus* ou é originario ou como recurso á decisão já proferida; o decreto 848 e sua exposição de motivos, o typo nos Estados Unidos da America, opinião de Church, de Alcorta na Republica Argentina, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, os arts. 59 e 60 da Constituição da Republica, a lei 221 a respeito, competencia originaria do Supremo Tribunal Federal, dos juizes federaes nas secções, o *ex-officio*, segundo o Código Argentino, o *habeas-corpus* como recurso, competencia do Supremo Tribunal Federal, sua jurisprudencia, segundo a lei 221, o recurso obrigatorio, opinião de Pimenta Bueno, o recurso na America do Norte, na Republica Argentina e nos Estados do Brazil pag. 35

ART. 10

O *habeas-corpus* é, em regra, a garantia dos direitos do cidadão, consagrados inviolaveis pela Constituição, exceptuados os direitos de propriedade e a posse, deante de violencia ou ameaça della. Definição de liberdade politica ou civil segundo Blackstone, critica de Christian, suas definições de liberdade, opinião de Blackstone sobre os direitos do homem, o art. 72 da Constituição da Republica, opinião de Guisot, a declaração de direitos da independencia dos Estados Unidos, a liberdade pessoal não é só o direito de locomoção, estudo dos termos do art. 72 da Constituição da Republica, opinião de Alcorta e os arts. 617

e 622 do Código Argentino, as ordens de *manu captio*, de *odio et atia* e de *homine replegiando*, as diversas espécies de *habeas-corpus* segundo a instituição reduzidas ao *ad subjiciendum*, na América do Norte, na Argentina, entre nós, a evolução pela *common law*, opinião de E. Levingston, de Bathurst, o estatuto de Jorge 3º, comparação dos termos do Código do Processo e da Constituição da República, opiniões de Teixeira de Freitas e Pimenta Bueno, a jurisprudência Americana do Norte, o *habeas-corpus* do Centro Monarquista de S. Paulo, o *habeas-corpus* nas relações domésticas, jurisprudência inglesa e Americana..... pag. 44

ART. 11

O direito do *habeas-corpus* encontra limitações. Os que julgam inconstitucionalidades as limitações, seus argumentos e refutações, opiniões de Bryce, de E. Levingstone, de Swayne, opinião de Bryce sobre interpretação da Constituição Americana do Norte, as quatro limitações..... pag. 64

a

Não se poderá reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de pronúncia ou sentença de autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra tais actos, que só pelos meios ordinários podem ser nullificados. Fundamento desta limitação, a disposição da lei 2.033, opinião de Oliveira Machado, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acórdão do Supremo Conselho da Corte de Appellação do Districto Federal, a legislação do Estado de Minas e a do Estado do Rio, a aplicação do art. 59 § 2º da Constituição da República, igual princípio da Constituição Americana do Norte, opinião de Marshall, opinião de Bryce, esta limitação na Inglaterra, segunda a Magna Carta, a petição de direitos, o estatuto 16 de Carlos 1º, o *bill* de Carlos 2º, opinião de Blackstone, jurisprudência inglesa, Americana do Norte e legislação Argentina..... pag. 67

b

Em estado de sitio. O sitio em Roma, definição de Alcorta, o art. 80 da Constituição da República, a lei franceza, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as garantias dos membros do Congresso, opiniões de E. Pierre, Odilon Barrot, Erico Coelho, Quintino Bocayuva e Conselheiro Ruy Barbosa; analyse dos textos da lei, legislação comparada, na Inglaterra, nos Estados Unidos da América do Norte, as Constituições do Império do Brazil, Império Allemão, da Rússia, Austria, Hespanha, Portugal e em França pag. 75

C

Quando a prisão fôr militar nos casos de jurisdição restricta e quando o constrangimento ou ameaça fôr exercida contra individuos da mesma classe ou de classe differente, mas sujeitos ao regimen militar. Fundamento desta limitação, na Constituição da Republica, no decreto 848, na lei 221, opinião de Pimenta Bueno, no direito antigo, jurisprudencia antiga e do Supremo Tribunal Federal, a classe militar na Inglaterra, opinião de Blackstone, o recrutamento de marinheiros na Inglaterra, opinião de lord Mansfield, de lord Kenyon, de Derioujinsk, jurisprudencia ingleza, conflicto de competencias, os casos no Brazil, em França e na Italia, á guarda nacional não se refere esta limitação, na America do Norte..... pag. 96

d

Nas prisões administrativas dos alcançados na Fazenda Publica, salvo si a petição do impetrante vier instruida com documento de quitação ou depósito do alcance verificado. A legislação que fundamenta esta restricção, jurisprudencia do Tribunal Federal, na Republica Argentina, na America do Norte pag. 104

ART. 12

O *habeas-corpus* póde ser pedido:

a

Para si ou por outrem. Rasão da prescrição, opiniões de Blackstone e Church, jurisprudencia Americana, legislação Argentina, a mulher diplomada não póde pleitear, opinião de Bluntschli, em Roma, opinião de Letourneau pag. 108

b

Por cidadão brasileiro ou estrangeiro. Fundamento desta prescrição no Imperio, sua evolução; a instituição de uma justiça especial para os estrangeiros, na America do Norte e Argentina..... pag. 113

c

Pessoalmente ou em nome colectivo, opinião de Blackstone.... pag. 116

d

Mesmo em tempo de férias. O direito antigo e moderno, na Inglaterra, origem dos prazos e das férias na Inglaterra e entre os Romanos..... pag. 116

ART. 13

A petição para a ordem de *habeas-corpus* deve designar. Fundamento da prescrição em nosso direito, na Inglaterra e na America do Norte, as formulas entre os Romanos..... pag. 124

a

O nome da pessoa que soffre a violencia ou é della ameaçada e o de quem é della causa. Fundamento legal, opinião de Pimenta Bueno, nos Estados da União Americana, no nosso direito antigo, na Republica Argentina..... pag. 128

b

O conteúdo da ordem porque foi mettido na prisão ou declaração explicita de que, sendo requerida, lhe foi denegada, e, em caso de ameaça, simplesmente as razões fundadas para temer o protesto de lhe ser infligido o mal. Fundamento legal desta prescrição, considerações de Blackstone, as Constituições da Republica e do Imperio, opinião de Pimenta Bueno, de Blackstone, na Republica Argentina..... pag. 131

§ 1º

O que é prisão segundo Blackstone, a citação ou chamamento do réo..... pag. 134

§ 2º

O caso de flagrante delicto. Fundamento legal, opiniões de Pimenta Bueno e Blackstone, o clamor publico na Inglaterra, o flagrante na Argentina, as restricções do art. 20 da Constituição da Republica, a inviolabilidade dos membros de Congresso, jurisprudencia do Congresso, inviolabilidade nos Estados..... pag. 136

§ 3º

A prisão preventiva. Fundamento legal, seus requisitos, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, na Inglaterra, na Argentina pag. 143

§ 4º

A prisão por effeito de pronuncia. Seu fundamento legal, os effeitos da pronuncia e desde quando começam a vigorar..... pag. 147

§ 5º

A prisão administractiva, seus effeitos. Os casos por effeitos civis, seu fundamento legal, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal. Os casos de prisão contra os empregados de fazenda. Da prisão por extradicação, seu fundamento

Legal, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, a nossa lei sobre extradicção, nos Estados Unidos e na Republica Argentina. A prisão para deportação, seu fundamento legal, opinião de Souza Martins, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, opinião de Bluntschli, de Blackstone. A jurisprudencia Americana sobre os requisitos deste artigo pag. 152

Do mandado de prisão

Seu fundamento legal, na Argentina, na Inglaterra e nos Estados Unidos..... pag. 171

O nome do indigitado

Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal e Americana..... pag. 176

Designação do crime na ordem de prisão

Jurisprudencia Americana..... pag. 177

Juramento e sello da ordem

Jurisprudencia Americana pag. 178

c

Os motivos da persuasão da illegalidade da prisão ou do arbitrio da ameaça. Seu fundamento legal, opinião de Pimenta Bueno..... pag. 179

ART. 14

A petição de *habeas-corpus* deve ser assignada por quem a solicita para si ou para outrem..... pag. 180

ART. 15

A autoridade judiciaria, dentro dos limites de sua jurisdicção, á vista de uma tal petição convenientemente formulada e fundada, examinado que seja o caso, deve, dentro de duas horas, mandar passar a ordem de *habeas-corpus*, salvo constando evidentemente que a parte nem póde obter fiança, nem por alguma outra maneira ser alliviada da prisão. Divisão das materias, fundamento legal. Porque dissemos autoridade judiciaria, fundamento legal, a jurisdicção e seus limites, na Justiça Federal, no Estado ao Rio de Janeiro, no Districto Federal, na America do Norte, sua jurisprudencia, legislação Argentina. A petição deve ser convenientemente formulada, seu fundamento legal, direito antigo Brasileiro, Inglez e Americano. A petição deve ser fundamentada, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, opinião de Blackstone e Coke. Exame do caso; jurisprudencia Ingleza e Americana. Nas condições

leaes se deve mandar passar a ordem, jurisprudencia nossa e Americana. Praso da ordem, seu fundamento legal, antigo e moderno direito na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Argentina. O que é a ordem de *habeas-corpus*. Seus effeitos immediatos, opinião de Marshall, na Inglaterra, nos Estados Unidos. A formula da ordem, em nosso direito e no Inglez. Direcção da ordem, seu fundamento legal, jurisprudencia Americana. Na decisão que mandar expedir a ordem se ordenará o comparecimento do paciente em dia e hora determinados e se exigirão os esclarecimentos, nosso direito moderno e antigo, Inglez e Americano, as informações, ordem de prisão substituida, da apresentação do paciente na Inglaterra e Estados Unidos, exposição do motivo da prisão, e da detenção, contestação ás informações, o nosso Direito, audiencia dos interessados, perante o nosso direito, a Inglaterra, os Estados Unidos e a Argentina. Execução da ordem, direito Inglez, pela Constituição da Republica, pela lei 221, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, na Suissa, na Argentina, na America do Norte. Execução da ordem pelos detentor, carcereiro e mais funcionarios, nosso direito, na Inglaterra, nos Estados Unidos. Guarda do preso, jurisprudencia Ingleza, Americana e Argentina. Da fiança, nosso direito, Inglez, Americano e Argentino..... pag. 181

ART. 16

Decisão do *habeas-corpus*, seu fundamento legal, jurisprudencia Ingleza e Americana..... pag. 238

ART. 17

A prisão ou constrangimento se julgará illegal. Fundamento legal, jurisprudencia Americana..... pag. 240

§ 1º

Quando não tiver justa causa. Exame da disposição, exemplificação, jurisprudencia Americana e do Supremo Tribunal Federal. A identidade de pessoa, opinião de Pimenta Bueno, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, Argentina e nos Estados Unidos. O recurso extraordinario no Supremo Tribunal Federal em materia crime, jurisprudencia Americana e Argentina..... pag. 242

§ 2º

Quando o paciente estiver preso sem ser processado por mais tempo do que marca a lei. Seu fundamento legal, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal..... pag. 257

§ 3º

Quando o seu processo estiver evidentemente nullo, não havendo sentença proferida por juiz competente. Seu fun-



damento legal, ilegitimidade de parte, incompetencia de Juizo, competencia do Supremo Tribunal, dos juizes federaes, do Jury federal, dos crimes no alto mar, jurisprudencia antiga, pela Constituição da Republica, na sedição ou rebelião, jurisprudencia do Supremo Tribunal sobre a materia do paragrapho. Da incompetencia do juiz ou Tribunal julgador, disposição da Constituição, em que consiste a garantia. Das nullidade..... pag. 259

§ 4º

Quando a pessoa, publica ou particular, não tenha o direito de o fazer. Seu fundamento legal, exemplificação, jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal..... pag. 278

§ 5º

Quando já tem cessado o motivo, que justificou a prisão ou constrangimento. Sem fundamento legal, exemplificação..... pag. 280

ART. 18

Dos efeitos da concessão final do *habeas-corpus*. Distinções e divisões deites. Com relação ao paciente, ao facto de que foi objecto e seus autores ou causadores. A primeira classe de efeitos em relação ao paciente, suas espécies, a incommunicabilidade, opinião de Pimenta Bueno, a legislação Argentina, as violências nas prisões, na America do Norte, a lei a respeito em nossa legislação e na Argentina. A segunda ciasse de efeitos ainda em relação ao paciente, o caso julgado, nosso direito. Inglez e Americano, a justa in-demnização, direito Inglez, Americano, Argentino. As des obediências em nosso direito, na America do Norte, na Inglaterra e na Argentina. Os efeitos em relação ao facto de que foj objecto e em relação aos seus autores, responsabilidade civil e penal..... pag. 281

ART. 19

Do processo do *habeas-corpus* perante o Supremo Tribunal..... pag. 298

§ 1º

Do processo em petição originaria pag. 298

§ 2º

Do processo como recurso de decisão proferida..... pag. 300

§ 3º

Do processo *ex-officio*. As disposições da legislação Argentina..... pag. 302

ART. 20

Da legislação sobre o *habeas-corpus* pag. 308

§ 1º

As leis do Imperio. Código do Processo Criminal, Lei de 3 de Dezembro de 1841, lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871, Decreto n. 5.618 de 2 de Maio de 1874..... pag. 308

§ 2º

Leis da Republica. A Constituição, Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, o regimento do Supremo Tribunal Federal..... pag. 314

Os accórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre estado de sitio..... pag. 322

O accórdão do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal sobre inviolabilidade de deputados estadoaes..... pag. 325

ERRATA

A pag. 6 na linha 10 em vez de *conta* lêa-se: *contra*.

A pag. 23 na linha 28 em vez de *diz Blackstone* lêa-se: *diz Christian commentando Blackstone*.

A pag. 38 na linha 40 em vez de *1890* lêa-se: *1894*.

A pag. 58 na linha 33 em vez de *duvidas Randolph* lêa-se: *duvidas*. (Randolph).

A pag. 77 na linha 21 acrescente-se: (Vid. Rodrigo Octavio. Do Dominio da União e dos Estados, pag. 19).

A pag. 80 na linha 19 em vez de *embargadas* lêa-se: *empregadas*.

A pag. 144 na linha 38 em vez de *a respeito de fuga* lêa-se: *a suspeita de fuga*.

A pag. 179 na linha 23 em vez de *a)* os motivos lêa-se: *c)* os motivos.

Os demais erros são de fácil corrigenda para o leitor de boa-fé.

O AUTOR.